

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**UNIDAD DE POSTGRADO**

**Valoración de la confesión sincera en las sentencias  
emitidas por los magistrados superiores en los procesos  
ordinarios en los distritos judiciales de Lima, Ica y Junín  
durante los años 2007 y 2008**

**TESIS**

para optar el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en  
Ciencias Penales

**AUTOR:**

**Pilar Carbonel Vílchez**

**Lima – Perú**

**2011**

## **DEDICATORIA**

A Dios, fuente de todo bien por darme la  
sabiduría y permitirme llegar a este punto de mi vida.

A mi madre Rosalía y mi esposo Luis por el apoyo  
que siempre me han brindado con su impulso,  
fuerza y tenacidad que son parte de mi formación.

A mis hijos Luis, Camila y Gabriela que los quiero,  
los adoro y siempre los tengo presente y son  
parte de mi lucha para seguir en busca de la  
excelencia en el estudio y trabajo.

## **AGRADECIMIENTOS**

Para desarrollar la presente investigación, debo expresar mi especial agradecimiento:

- A los Señores Presidentes de la Corte Superior de Lima, Ica y Junín, quienes nos dieron todas las facilidades para desarrollar este trabajo.
- A los Señores Magistrados y Auxiliares Jurisdiccionales de las mismas Cortes, por brindarnos su apoyo.
- A mis asesores de tesis, por sus enseñanzas y el tiempo brindado en la revisión de la tesis.
- Al señor Carlos E. Rios Guzmán, por su apoyo en la investigación.

**VALORACIÓN DE LA CONFESIÓN SINCERA EN LAS SENTENCIAS  
EMITIDAS EN LOS PROCESOS ORDINARIOS EN LOS DISTRITOS  
JUDICIALES DE LIMA, ICA Y JUNIN DURANTE LOS AÑOS 2007 Y 2008**

**ÍNDICE**

	<b>Página</b>
• Presentación .....	01
<b>CAPITULO I: EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.</b>	
1.1. Planteamiento del problema .....	03
1.1.1. Inquietud heurística .....	03
1.1.2. Definición del problema .....	03
1.1.3. Delimitación y temporalidad de la Investigación .....	04
1.2. Justificación e importancia de la investigación .....	04
1.3. Factibilidad del proyecto .....	04
1.4. Indagación si existe investigación realizada sobre el mismo problema del proyecto .....	05
1.5. Hipótesis .....	05
1.6. Identificación de variables e indicadores .....	05
1.6.1. Variable independiente .....	05
1.6.1.1. Factor conductual del procesado .....	05
1.6.1.2. Factor cognitivo-valorativo del juzgador .....	06
1.6.1.3. Factor hermenéutico .....	07
1.6.2. Variable dependiente .....	07

1.7.	Objetivos .....	08
1.7.1.	Objetivo general .....	08
1.7.2.	Objetivos específicos .....	08

## **CAPITULO II: MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN.**

2.1.	Teoría de la pena .....	09
2.1.1.	La pena. Cuestiones generales .....	09
2.1.2.	Fundamentos, esencia y fines de la pena .....	09
2.1.3.	Fundamentos de la pena .....	10
2.1.4.	Esencia de la pena .....	10
2.1.5.	Fines de la pena .....	11
2.1.5.1.	Teoría absoluta o retribucionista .....	13
2.1.5.2.	Teoría relativa o preventiva .....	17
2.1.5.3.	Teoría mixta o de la unión .....	28
2.1.5.4.	Toma de postura .....	35
2.1.6.	El sistema de penas en el derecho penal peruano .....	38
2.1.6.1.	La pena privativa de libertad .....	44
2.1.6.2.	Las penas restrictivas de libertad .....	51
2.1.6.3.	Expatriación .....	52
2.1.6.4.	Expulsión .....	54
2.1.6.5.	Las penas limitativas de derecho .....	54
2.1.6.6.	Prestación de servicios a la comunidad .....	60
2.1.6.7.	Limitación de días libres .....	62
2.1.6.8.	Inhabilitación .....	63

2.1.6.9.	La pena de multa .....	68
2.2.	Teoría del razonamiento judicial .....	70
2.2.1.	El dilema entre individuo y sociedad .....	71
2.2.2.	El dilema entre jusnaturalismo y positivismo .....	74
2.2.3.	El dilema entre formalismo-instrumentalismo en la interpretación de la ley .....	78
2.2.4.	Relación de las políticas en el plano teórico .....	79
2.3.	Teoría del proceso penal .....	80
2.3.1.	Los sistemas procesales .....	80
2.3.1.1.	El Sistema Acusatorio .....	85
2.3.1.2.	El sistema Inquisitivo .....	91
2.3.1.3.	El Sistema Mixto .....	96
2.3.1.4.	El Sistema Acusatorio Garantista Moderno .....	103
2.3.2.	El Modelo Peruano .....	105
2.3.3.	El Sistema Procesal Peruano .....	108
2.3.3.1.	La etapa de investigación del delito .....	120
2.3.3.2.	La investigación preliminar .....	121
2.3.3.3.	La instrucción judicial .....	124
2.3.3.4.	Conclusión de la instrucción .....	127
2.3.3.5.	La fase intermedia .....	128
2.3.3.6.	La fase del juzgamiento .....	130
2.4.	Los principios procesales .....	138
2.4.1.	Principio de legalidad .....	138
2.4.2.	Principio de presunción de inocencia .....	143

2.4.3.	Principio in dubio pro reo .....	148
2.4.4.	Principio de defensa .....	149
2.5.	Los derechos procesales .....	155
2.5.1.	Derecho a la no autoincriminación .....	155
2.5.2.	Derecho a guardar silencio .....	159
2.5.3.	Derecho a mentir .....	164
2.5.4.	De la motivación escrita de las resoluciones judiciales .....	166
2.6.	Teoría de la prueba y la confesión sincera .....	170
2.6.1.	La prueba. Requisitos .....	170
2.6.2.	De la exigencia de mínima actividad probatoria para la expedición de sentencia condenatoria .....	173
2.6.3.	Valor probatorio de la declaración del imputado .....	176
2.6.4.	La confesión sincera .....	182
2.6.4.1.	Elementos definitorios de la confesión sincera....	189
2.6.4.2.	De la indivisibilidad de la confesión .....	191
2.6.4.3.	De los límites temporales de la confesión.....	192
2.6.4.4.	La confesión sincera y la flagrancia .....	193
2.6.4.5.	Confesión sincera y responsabilidad civil <i>ex delicto</i>	194
2.6.4.6.	Criterios para analizar declaración inculpatória de coimputados .....	196
2.6.4.7.	La conclusión anticipada del juzgamiento o Conformidad .....	202

### **CAPITULO III: MARCO JURIDICO POSITIVO SOBRE LA CONFESIÓN SINCERA.**

3.1.	La confesión sincera como parte de las garantías procesales en la Constitución Política de 1993 .....	237
3.2.	En la Declaración Universal de los Derechos Humanos .....	240
3.3.	En la Convención Americana sobre Derechos Humanos .....	241
3.4.	En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos .....	242
3.5.	En el Código de Procedimientos Penales de 1940 .....	243
3.6.	En el Nuevo Código Procesal Penal .....	243
3.7.	En el Código Penal .....	244
3.7.	En la Ley 28122, sobre Conclusión Anticipada del Proceso por confesión sincera .....	244

### **CAPITULO IV. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.**

4.1.	Descripción del método y diseño a seguir en la investigación .....	246
4.1.1.	Tipo de investigación.....	246
4.1.2.	Métodos y técnicas a utilizar .....	246
4.1.3.	De la muestra .....	246
4.1.4.	Recolección de datos .....	248
4.1.5.	Ordenamiento y análisis de datos .....	248
4.1.6.	Interpretación de muestras ya procesadas .....	248



## **CAPITULO V:      CONTRASTACIÓN Y COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS. ESTADÍSTICAS.**

5.1.	De la hipótesis .....	249
5.2.	Objetivos .....	249
5.2.1.	Objetivo general .....	249
5.2.2.	Objetivos específicos .....	249
5.3.	Síntesis del trabajo de campo .....	250
5.3.1.	Algunas cuestiones previas .....	250
5.3.2.	Resultados de las encuestas, interpretación y análisis .....	251
•	A Magistrados .....	251
•	A Abogados .....	262
•	A justiciables .....	272
5.3.2.	Análisis de las sentencias recogidas .....	277
5.4.	Contrastación de hipótesis .....	296
•	Conclusiones .....	298
•	Recomendaciones .....	300
•	Bibliografía .....	301
•	Anexos .....	308

## **PRESENTACIÓN**

A pesar de que algunos autores lo consideraban la “reyna de las pruebas”, el estudio de la confesión no ha tenido mucha acogida en nuestra doctrina, en otras palabras, su análisis no ha sido objeto de mayor desarrollo en el ámbito académico, no obstante su contribución y riqueza práctica para los propios fines del proceso penal.

En nuestro quehacer como magistrada de segundo nivel de una Sala Penal de Lima, hemos tenido la oportunidad de apreciar de cerca cuáles eran las vicisitudes que se presentaban al momento de decidir sobre la valoración probatoria de la confesión sincera, pues cabe la posibilidad de que incida directamente en la disminución de la pena, más aun si consideramos que en la norma no se encuentra desarrollada cuáles son los supuestos a tener en cuenta y se deja mucho a la discreción de los magistrados.

Incluso es de considerar que aun la propia Corte Suprema de nuestro país no ha sido uniforme en los criterios adoptados ante los distintos casos en que ha tenido oportunidad de pronunciarse, a pesar que tal decisión repercute directamente en uno de los valores y derechos fundamentales más importantes de la persona humana: su libertad, pues la adopción de una determinada postura influenciará directamente en un mayor o menor tiempo de privación de libertad que pueda sufrir una persona a través de una sentencia condenatoria.

Todo esto nos ha llevado a que nuestra investigación se centre en esta figura, y sobre la cual aún persisten inquietudes y divergencias sobre su naturaleza jurídica, es decir: si es un acto procesal, prueba o medio de prueba, tema sobre el cual también estaremos adoptando una postura.

A partir del análisis de la pena, del razonamiento judicial, de la teoría del proceso penal y la prueba, ingresaremos a desarrollar el marco teórico que sustenta la confesión, para posteriormente explicar los resultados de nuestra investigación. Esperamos haber cumplido con los objetivos de la cátedra.

**Pilar Carbonel Vílchez**

**VALORACIÓN DE LA CONFESIÓN SINCERA EN LAS SENTENCIAS EMITIDAS  
EN LOS PROCESOS ORDINARIOS EN LOS DISTRITOS JUDICIALES DE  
LIMA, ICA Y HUANCAYO DURANTE LOS AÑOS 2007 Y 2008**

**CAPITULO I: EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.**

**1.1. Planteamiento del problema.**

**1.1.1. Inquietud heurística.**

El interés por el presente tema, materia de investigación, se genera a consecuencia de observar el tratamiento que se le brinda a la confesión sincera en la fase de juzgamiento. Así, mientras el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales establece que la confesión sincera puede generar la disminución de la pena por debajo de los límites inferiores al mínimo legal, sendos precedentes vinculantes como ejecutorias supremas<sup>1</sup> establecen las condiciones para estar frente a una confesión sincera, esto es, que el juzgador valore que la declaración del imputado sea veraz, coherente, uniforme y espontánea.

Frente a esta posición jurisdiccional, es menester cuál es la valoración de la confesión sincera dada en el debate oral, así como establecer los efectos o consecuencias que la misma genere, también tomando en cuenta el marco normativo existente.

**1.1.2. Definición del problema.**

¿Qué factores determinan que los magistrados superiores emitan sentencias condenatorias sin valorar debidamente la confesión sincera para efectos de la graduación de la pena y eventual aplicación del beneficio de reducción de la pena, en los procesos

---

<sup>1</sup> A manera de ejemplos tenemos las RN No.3574-2003-Callao, RN No.3664-2003-Madre de Dios.

penales ordinarios, en los Distritos Judiciales de Lima, Ica y Junín durante los años 2007-2008?

### **1.1.3. Delimitación y temporalidad de la Investigación.**

Nuestro campo de investigación se realizará en los Distritos Judiciales de Lima, Ica y Junín, para el período comprendido 2007-2008.

## **1.2. Justificación e importancia de la investigación.**

Consideramos que la presente investigación revela su importancia y encuentra justificación, puesto que actualmente existe un tratamiento divergente en lo que respecta al análisis de la confesión sincera por parte de los operadores jurídicos; y, a pesar de que existen ejecutorias supremas que tratan este tema, las mismas no tienen la calidad de precedentes vinculantes, por ende, son orientativos o ilustrativos, pero que a su vez requieren de un análisis exhaustivo que permitan establecer su razonabilidad.

## **1.3. Factibilidad del proyecto.**

Me encuentro en posibilidades de efectuar el presente proyecto por las siguientes razones:

- La cercanía con el manejo de expedientes judiciales cuya vía procedimental es el proceso ordinario y que hayan cumplido con la fase de juzgamiento, debido a la labor que desempeño como magistrada, en una Sala Penal de Lima, lo cual permitirá su fácil acceso.
- Recursos económicos, se cuenta con recursos económicos para realizar la investigación.
- Asesoría académica: el profesor de la Cátedra orientará el desarrollo de la investigación.

#### **1.4. Indagación si existe investigación realizada sobre el mismo problema del proyecto.**

He realizado la correspondiente búsqueda del mismo o similar tema en los archivos de Tesis de la Maestría como del Doctorado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con resultados negativos, pues a la fecha no existen trabajos realizados sobre el tema escogido. De igual forma me he constituido a las bibliotecas de las Universidades Nacionales y Particulares existentes en Lima, como por ejemplo: Universidad Nacional Federico Villarreal, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad San Martín de Porres, Universidad de Lima, sin encontrar trabajos iguales o similares del tema escogido.

#### **1.5. Hipótesis.**

El comportamiento procesal del imputado, el aspecto cognitivo-valorativo y hermenéutico de los magistrados superiores, son los factores principales que determinan que se emitan sentencias condenatorias sin valorar debidamente la confesión sincera para efectos de la graduación de la pena y eventual aplicación del beneficio de reducción de la pena, en los Distritos Judiciales de Lima, Ica y Junín durante los años 2007-2008.

#### **1.6. Identificación de variables e indicadores.**

##### **1.6.1. Variable independiente.**

##### **1.6.1.1. Factor conductual del procesado.**

Comportamiento procesal del imputado, quien no mantiene una versión uniforme sobre los hechos que se le inculpan al declarar en la investigación preliminar, instrucción y juicio oral.

**Instrumentos:**

- a. Expedientes Judiciales concluidos bajo la vía procedimental ordinaria de la Corte Superior de Justicia de Lima, Ica y Junín.
- b. Declaraciones de los sentenciados durante el proceso penal: manifestaciones policiales, instructivas, confrontaciones y en juicio oral.
- c. Entrevistas con los Magistrados de las Salas Penales de los Distritos Judiciales de Lima, Ica y Junín.
- d. Entrevistas con Abogados de las Salas Penales de los Distritos Judiciales de Lima, Ica y Junín.
- e. Entrevistas con justiciables de las Salas Penales de los Distritos Judiciales de Lima, Ica y Junín.

**1.6.1.2. Factor cognitivo-valorativo del juzgador.**

Es el nivel de conocimiento de los jueces respecto a la institución procesal de la confesión sincera y que se manifiesta en la motivación realizada en la sentencia.

**Instrumentos:**

- a. Sentencias emitidas por las Salas Penales Superiores de los distritos Judiciales de Lima, Ica y Junín.
- b. Entrevistas con Magistrados de las Salas Penales Superiores de los distritos Judiciales de Lima, Ica y Junín.
- d. Entrevistas con Abogados de las Salas Penales Superiores de los distritos Judiciales de Lima, Ica y Junín.

#### **1.6.1.3. Factor hermenéutico.**

De las disposiciones legales y precedentes sobre confesión sincera.

##### **Instrumentos:**

- a. Sentencias de las Salas Penales Superiores de los distritos Judiciales de Lima, Ica y Junín.
- b. Legajo de Ejecutorias Supremas.
- c. Entrevistas con Magistrados de las Salas Penales Superiores de los distritos Judiciales de Lima, Ica y Junín.
- d. Entrevistas con Abogados de las Salas Penales Superiores de los distritos Judiciales de Lima, Ica y Junín.

#### **1.6.3. Variable dependiente.**

Expedición de sentencias condenatorias sin valorar debidamente la confesión sincera.

##### **Instrumentos:**

- a. Sentencias de las Salas Penales Superiores de los distritos Judiciales de Lima, Ica y Junín.
- b. Entrevistas con Magistrados de las Salas Penales Superiores de los distritos Judiciales de Lima, Ica y Junín.
- c. Entrevistas con Abogados de las Salas Penales Superiores de los distritos Judiciales de Lima, Ica y Junín.



## **1.7. Objetivos.**

### **1.7.1. Objetivo general.**

Identificar los factores que determinan que se emitan sentencias sin valorar debidamente la confesión sincera, para efectos de la graduación de la pena y eventual aplicación del beneficio de reducción de la pena en los procesos penales ordinarios en los Distritos Judiciales de Lima, Ica y Junín durante los años 2007-2008.

### **1.7.2. Objetivos específicos.**

- a) Explicar en qué medida la no aplicación de la confesión sincera afecta la correcta administración de justicia.
- b) Demostrar que no existe uniformidad en los supuestos que se requieren para aplicar la confesión sincera.
- c) Demostrar que una aplicación uniforme de los supuestos para la confesión sincera contribuye a fortalecer la percepción de seguridad jurídica en la sociedad en general.

## **CAPITULO II: MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN.**

### **2.1. Teoría de la pena.**

#### **2.1.1. La pena. Cuestiones generales.**

El principal medio de que dispone el Estado como reacción frente al delito es la pena en el sentido de "restricción de derechos del responsable".<sup>2</sup> El orden jurídico prevé además las denominadas "medidas de seguridad" destinadas a paliar situaciones respecto de las cuales el uso de las penas no resulta plausible. De manera que el sistema de reacciones penales se integra con dos clases de instrumentos; penas y medidas de seguridad.

Desde la antigüedad se discuten acerca del fin de la pena fundamentalmente tres concepciones que en sus más variadas combinaciones continúan hoy caracterizando la discusión, así, para explicar estos remedios incluidos en la legislación penal se ofrecen estas diversas teorías que parten de puntos de vista retributivos o preventivos, puros o mixtos que se encargan de fundamentar de diverso modo y de explicar los presupuestos que condicionan el ejercicio del "ius puniendi" y la finalidad perseguida por el Estado con la incriminación penal.

#### **2.1.2. Fundamentos, esencia y fines de la pena.**

La pena se justifica en cuanto instrumento insustituible del control social. Sin embargo, la doctrina penal cuando analiza el problema de la pena y su legitimación suele distinguir: fundamento o justificación,

---

<sup>2</sup> La polémica sobre la pena es complejísima, tanto desde el punto de vista fáctico, fenomenológico y valorativo. Al respecto, véase: MIR PUIG. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 5ta. Edición (reimpresión), Editorial B de F, Montevideo – Uruguay, 2005, Págs. 51 y ss. BUSTOS RAMÍREZ, Manuel. "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 4ta. Edición, Editorial Ariel, Barcelona – España, 1994, Págs. 23 y ss. CEREZO MIR, José. "CURSO DE DERECHO PENAL ESPAÑOL, PARTE GENERAL", 5ta. Edición, Editorial Tecnos, Madrid – España, 1997, Págs. 22 y ss. ZUGALDÍA ESPINAR, J. María. "FUNDAMENTOS DE DERECHO PENAL", 3ra. Edición, Editorial Tirant lo blanch, Valencia – España, 1993, Págs. 59 y sgts.

esencia o naturaleza y fines o funciones de la pena, con una terminología no siempre homogénea que se acepta a efectos expositivos.

### **2.1.3. Fundamentos de la pena.**

Es indiscutible que la justificación de la pena reside en su necesidad. La necesidad de la pena es un dato fáctico que aporta el conocimiento empírico, si bien con ello no se prejuzga el modo de operar la pena, ni su esencia o fines. Pero su necesidad es un hecho real.<sup>3</sup> Frente a ello, Jescheck indica que la pena tiene una triple fundamentación: política, sociopsicológico y ético – individual. Desde un punto de vista político – estatal se justifica la pena porque sin ella el orden jurídico dejaría de ser un orden coactivo capaz de reaccionar con eficacia ante las infracciones del mismo. Desde un punto de vista sociopsicológico, porque satisface las ansias de justicia de la comunidad; si el Estado renunciase a la pena, obligando al perjudicado y a la comunidad a aceptar las conductas criminales como si no hubieran tenido lugar, se produciría inevitablemente un retorno a la pena privada y a la autodefensa, propias de etapas históricas ya superadas. Desde un punto de vista ético – individual, la pena se justifica en consideración al propio delincuente, ya que permite a éste, como un ser moral liberarse de su sentimiento de culpa.<sup>4</sup>

### **2.1.4. Esencia de la pena.**

Conceptualmente la pena es privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional al que ha cometido un delito. Por ende, la pena es un mal de

---

<sup>3</sup> Cfr. GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, Antonio. “INTRODUCCION AL DERECHO PENAL”, 4ta. Edición, Editorial Areces, Madrid – España, 2006, Pág. 121.

<sup>4</sup> Cfr. JESCHECK, Hans Henrich, “TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, Traducción de Rodríguez Manzanares, Editorial Comares, Granada – España, 1993, Pág. 44.

naturaleza retributivo; de aquí se desprende la necesidad de una relación de proporción entre la gravedad del hecho cometido y la gravedad del castigo.

A menudo en nuestro medio se escucha la frase: “más vale prevenir que lamentar” (con la misma frecuencia que es ignorada) ya sea para referirnos a temas relacionados con situaciones que a lo largo de nuestra vida no tocan vivir, como pueden ser las coyunturas de orden económico, financiero, académico, político y situaciones que tiene que ver con la salud. Dicho esto, es paradójico que a pesar de su importancia pocos conozcan lo que significa realmente prevenir, máxime si con ello pueden avizorarse estados que pueden causar daños irreversibles, y la relevancia per se que adquiere en nuestro ordenamiento jurídico y en general en el Derecho, más aún, si “...es la expresión de los principios de justicia que regulan las relaciones de las personas en sociedad y determinan las facultades y obligaciones que les corresponden, considerando las circunstancias histórico-sociales...”<sup>5</sup>

Y esto es lo que aparentemente busca argumentar NOLL al precisar que la pena es un mal necesario, pero no necesariamente un mal. Debe infligir, a veces, un mal por razones de prevención general o especial, sin que ello resulte su supuesto carácter represivo.

Sin embargo, *partiendo de la distinción entre concepto o fundamento y fines de la pena no es contradictorio afirmar que la pena parte de la esencia retributiva, aunque esta cumple con otros fines ajenos a la mera retribución (ejemplo la prevención)*. Por tanto, sería incorrecto dejarnos intimidar con la frase *retribución* para afirmar que la pena

---

<sup>5</sup> Cfr. PACHECO Máximo. “TEORÍA DEL DERECHO”, 4ta edición. Editorial Temis S.A. Bogotá - Colombia 1990, Pág. 73.

tiene una naturaleza retributiva, dado que, responde a la idea de que el delito es el presupuesto para la imposición de una pena.

Desde un punto de vista material, la pena es un mal porque consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos del culpable y porque sólo de esta manera puede tener su necesaria eficacia intimidatoria; por lo que, emplear en este apartado el término *prevención*, y así reemplazar la palabra mal, es equivocar los planos de análisis de la pena; esto es, una cosa es su esencia (retributiva) y otros sus fines.

#### **2.1.5. Fines de la pena.**

Bacigalupo acota que la primera cuestión que debe abordar el estudio del Derecho penal es la concerniente a la *función* de las normas que lo integran. Se trata de responder a la pregunta: ¿para qué establece la sociedad organizada en el Estado, un conjunto de normas que amenazan con la aplicación de una pena la ejecución de determinadas conductas?. En este sentido, *función del derecho penal y teorías de la pena* tienen una estrecha relación: *toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal*.<sup>6</sup>

Esta afirmación, que iniciaría cualquier comentario, análisis o estudio de la pena, sólo se circunscribe a analizar un aspecto de la teoría de la sanción penal, el concerniente a los fines de la pena; esto es, del significado del acto de castigar tanto para el propio condenado como para la sociedad que castiga. Ya no se estudia la legitimación y esencia de la pena, sino para qué se va a imponer la pena.

Así, tenemos que comentar la concepción que se impone una pena por la realización de la justicia, así como, la concepción que entiende

---

<sup>6</sup> Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 4ta. Edición, Editorial Akal, Madrid – España, 1997, Pág. 07.

que si se somete a una persona a los efectos negativos de la pena, es por razones de utilidad social. Justicia y utilidad son principios o axiomas que tratan de fundamentar la pena. Por tanto, las *teorías* de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, sino ¿para qué?

#### **2.1.5.1. Teoría absoluta o retribucionista.**

Son aquellas que sostienen que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda ser considerada como un medio para fines ulteriores. "Absoluta" porque en ésta teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social, se "suelta" de él.

Para la retribución, el sentido de la pena estriba en que *"la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal... la pena, pues, no sirve para nada, sino que lleva su fin en sí misma. Tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia"*.<sup>7</sup> Esta teoría sucede a la expiación como fundamento de la legitimidad de la pena, propia de los estados absolutistas que implican una concentración total del poder y un uso ilimitado de él, necesario para el desarrollo posterior del capitalismo.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Cfr. ROXIN, Claus. "PROBLEMAS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL", Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Editorial Reus, Madrid – España, 1976, Pág. 12.

<sup>8</sup> Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "BASES CRÍTICAS DE UN NUEVO DERECHO PENAL". Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1982, Págs..115-119. Bustos considera al Estado absoluto como un estadio cuyo fin no es otro que la imposición del capitalismo, así la pena "no podía tener sino las mismas características y constituir un medio más para realizar el objetivo capitalista". No se comparte esta posición por dos razones fundamentales: la primera radica en el hecho que el Estado absoluto -como etapa histórica- no pretendió en ningún momento servirse intencionalmente como medio para la llegada del capitalismo, la segunda se funda en que el capitalismo se debe al proyecto moderno (resultado de la confluencia de la reforma protestante, la revolución francesa y la ilustración, que originaron a su vez los tres grandes núcleos organizativos de la modernidad: democracia, capitalismo e industrialismo). Sobre esto último, véase: BRUNNER, José Joaquín. "AMÉRICA LATINA EN LA ENCRUCIJADA DE LA MODERNIDAD". *En*: Revista Foro, N°. 20, Lima – Perú, 1993, Págs. 95-112.

La concepción liberal del Estado trae consigo, como respuesta al sentido de la pena, la teoría de la retribución como la necesidad de restaurar el orden jurídico interrumpido, *"la imposición de un mal por el mal cometido"*.<sup>9</sup> La pena surge, entonces, como una necesidad moral derivada de un "imperativo categórico" como lo es la justicia para Kant, o bien para Hegel como una necesidad lógica: negación del delito y afirmación del derecho.

a. Teoría de Kant.

En la concepción de Kant la pena es el resultado que se impone cada vez cuando se comete un delito. Es la retribución que siempre debe accionar, y debe ser equivalente al daño causado por delito "punitur quia peccatum est". En su opinión el castigo no debe ser fundado en razones de utilidad social porque el hombre es "fin en si misma" y no un instrumento en beneficio de la sociedad. Entonces la pena debe basarse en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la ley penal.

Por eso, la ley penal se presenta como un "imperativo categorico", una exigencia de la Justicia. Ella debe ser ariba de las concideracionés utilitaria como protección de la sociedad or otras. La pena es un fin, y no un medio para conseguir un bien, ni en la situación en que el se consige para sociedad porque el hombre nu puede ser tratado como un objeto al servicio de ciertos fines.

---

<sup>9</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. "INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL" Editorial Bosch, Barcelona – España, 1975, Pág. 34.

La teoría de la justa retribución fue desarrollada por Kant, para quien la pena "debe ser" aun cuando el estado y la sociedad ya no existan. Esta concepción recibe su característica de "absoluta" debido a que ve el sentido de la pena no en la prosecución de alguna finalidad social útil, sino que sostiene que dicho sentido radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, o sea que agota todo el fin de la pena en la retribución misma, explicada por Kant como un imperativo categórico emergente de la idea de justicia. El mal de la pena está justificado por el mal del delito, es concebida como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente la Ley del Tali3n. Ella niega o aniquila al delito, restableciendo el derecho lesionado, ha de imponerse por el delito aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad, aunque no se logre un efecto intimidatorio ni exista riesgo alguno de reincidencia debe igualmente aplicarse.

De lo indicado por Kant, es la idea de proporcionalidad entre el delito y la pena la m3s v3lida. En efecto, seg3n Kant, una pena que no tuviese en cuenta el da3o causado por el delito no ser3a justa. La conciencia colectiva y la del infractor deben sentir como propia la igualdad que ha de existir entre el da3o causado por el delito y la pena merecida.<sup>10</sup> Sin embargo, al final de este punto, se indicará las cr3ticas que se le adscribe a la concepci3n retributiva, incluida la de Kant y los dem3s representantes.

---

<sup>10</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaqu3n. "EL DERECHO PENAL ESPA3OL. CURSO DE INICIACI3N. PARTE GENERAL", 2da. Edici3n, Editorial Civitas, Madrid – Espa3a, 1996, P3g. 73.



b. Teoría de Hegel.

Otro representante de la teorías absolutas es Hegel. Él mira la pena como la afirmación del Derecho. El delito es la negación de orden jurídico (tesis) y la pena (antítesis) es la negación del delito. En esta construcción “negación de la negación”, la pena se concibe como reacción, como un instrumento que restablece el orden jurídico sin tener fines utilitarios posteriores.

La pena es la restauración ideal del orden jurídico infringido, de la armonía entre la voluntad general y la particular. Es más, a juicio de Hegel, solo así se trata al delincuente como a un ser racional y libre, sólo así se le honra, dándole no ya algo justo en sí, sino su derecho. La justicia de la pena concreta, sin embargo, no vendrá dada para Hegel por la rigurosa *ley del talión* kantiana, sino por un principio valorativo más flexible, que tenga en cuenta las características de la lesión concreta y las circunstancias de la sociedad civil.

c. Teoría de Binding.

Desde un planteamiento distinto, la postura de Binding conducirá también a una fundamentación absoluta de la pena, pues ella no perseguirá otra cosa que mostrar al delincuente su impotencia ante la ley y someterla a la *fuerza absoluta o victoriosa del Derecho*.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Cfr. KAUFMANN, Armin. “TEORÍA DE LAS NORMAS”, Traducción de Bacigalupo, Ediciones Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1977, Págs. 246-247.

#### d. Teoría de la Expiación.

La teoría de la expiación es una variante de las teorías de la justicia. Por expiación se entiende una actividad anímica del penado, de carácter moral, para *purificarse* interiormente a través del arrepentimiento experimentado con ocasión del castigo, los reparos contra esta teoría son aún más serios.

#### 2.1.5.2. Teoría relativa o preventiva.

Las teorías relativas procuran legitimar la pena mediante la obtención de un determinado fin, o la tendencia a obtenerlo. Su criterio legitimante es la utilidad de la pena. Si este fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, se tratará de un teoría preventivo general de la pena (negativa o positiva). Si, por el contrario, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho, estaremos ante una teoría preventivo especial o individual de la pena (negativa o positiva).

##### a. Teoría de la prevención general negativa.

Tiene origen científico en Feuerbach, concibe a la pena como una amenaza que por medio de las leyes se dirige a toda la colectividad con el fin de limitar al peligro derivado de la delincuencia latente en su seno. Esta coacción formulada en abstracto se concretiza en la sentencia, cuando el juez refuerza la prevención general al condenar al autor debido a que por éste acto está anunciando a los demás lo que les ocurrirá si realizan idéntica conducta (por eso, la lógica de éste criterio exige que las penas sean cumplidas, de lo

contrario, el fin intimidatorio se ve afectado). Así, en su formulación pura, estas concepciones no se fijan en los efectos que la pena puede surtir sobre el autor mismo, de manera que, "prevención general", significa también evitación de los delitos mediante la producción de efectos sobre la generalidad.

Estas teorías suelen ser identificadas con el aspecto intimidatorio de las penas ya que su justificación estará dada por su fin de evitar la comisión de hechos punibles respecto de sus potenciales autores. La prevención general actúa no sólo con la conminación general de penas, sino que adquiere mayor efectividad con su imposición y ejecución. La conminación penal debe intimidar y la ejecución penal debe confirmar la seriedad de la amenaza.

Según Feuerbach; La ejecución de la pena tiene lugar "para que...la amenaza de la ley sea una verdadera amenaza". Esta teoría parece presentar la ventaja de no tener que recurrir al criterio clásico de la culpabilidad sino al de motivabilidad del autor. Así, el tipo penal consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es motivar (mediante la amenaza con una pena) para que esa conducta no se realice.

En una versión moderna de esta teoría (propio de la década de los sesenta en Alemania), entendió que, de la misma forma que el Derecho penal había de proteger eficazmente bienes jurídicos necesarios para la convivencia, la pena debía cumplir una función

puramente social, esto es, que verdaderamente sirviera para evitar que se realizaran comportamientos lesivos de los bienes jurídicos tal como a partir de ahora entendían, alejándose de toda concepción de la pena que surgiera la idea de castigo o expiación.

No obstante, lo que esta teoría no ha logrado nunca ha sido fundamentar la pena en una teoría general de la sociedad dentro de la cual el Derecho penal sea un instrumento más entre otros. De hecho, es por eso por lo que el Derecho penal ha sido tan vulnerable a la crítica de las ciencias sociales. Y es que si el Derecho penal se conforma con justificar la pena en el axioma, no comprobable por los demás, de que siempre habrá alguien que si se deje motivar por la amenaza de la sanción, difícilmente será rebatible, aunque sea al precio de excluir toda consideración sobre otros mecanismos de control distintos a la pena que quizá proporcionarían que fuesen más, y por mejores cauces, los motivados a no dañar la convivencia que los motivados por la pena.

De esta forma, la pena así entendida instrumentaliza al hombre, lo convierte en medio al servicio de otros fines, en objeto de fines preventivos, porque no se le castiga por lo que ha hecho, sino para que los demás no delincan. Asimismo, esta teoría hace resaltar la ausencia de límites propios y la imposibilidad de trazar criterios que precisen los presupuestos de la intervención penal si se parte de este sólo concepto.

## **b. Teoría de la prevención general positiva.**

La prevención general puede ser entendida de un modo diverso al precedentemente expuesto. Por una parte, puede manifestarse por la vía de la intimidación a los posibles delincuentes (prevención general negativa), y, por la otra, como prevalecimiento o afirmación del derecho a los ojos de la colectividad. Así se adjudica a la pena ya un fin de conservación del orden, o de conservación del derecho, o para fortalecer la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia de la generalidad, o bien reforzar las costumbres sociales y la fidelidad al derecho o como afirmación de la conciencia social de la norma.<sup>12</sup> Al respecto, Jakobs señala que: *“Tarea del Derecho penal es el mantenimiento de la norma, como modelo orientador de las relaciones sociales”*.<sup>13</sup> Kaufmann, precisa que a esta teoría le corresponde tres cometidos: una función informativa, advirtiéndole al ciudadano de lo que está prohibido y de lo que se debe hacer; la misión de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del ordenamiento jurídico para imponerse y triunfar; y la tarea de fortalecer en la población una actitud de respeto hacia el Derecho.<sup>14</sup>

Para esta teoría, destinatario de la pena no es el infractor potencial, ni el delincuente, sino el ciudadano honesto que cumple las leyes, la opinión pública, cuya

---

<sup>12</sup> Cfr. PÉREZ MANZANO, M. “CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN”, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid – España, 1986, Pág. 215.

<sup>13</sup> Cfr. JAKOBS, Gunther. “TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, Editorial Pons, Madrid – España, 1995, Pág. 09.

<sup>14</sup> Cfr. KAUFMANN, Armin. “POLÍTICA CRIMINAL Y REFORMA PENAL”, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1982, Pág. 127.

confianza en el sistema hay que fortalecer. La protección de bienes jurídicos pasa a un segundo plano, a lo sumo como objetivo mediato.

La pena tiene, en este sentido, la función de ratificar las normas que han sido vulneradas y, de esta manera, reforzar la confianza general en las mismas. Esta confianza, sin embargo, no consiste en la creencia de que nunca más se cometerán hechos semejantes, sino que todas las personas tienen que saber lo que deben esperar en estas situaciones. Con esta formulación del problema se obvian, sin duda, las objeciones que, por lo general, han invalidado otras teorías de la pena, en la medida en que éstas hacían referencia a ciertas consecuencias que requerían una verificación empírica. Sin embargo, esta teoría ha sido objeto de críticas, porque se considera que niega la ideología de la resocialización (la cual analizaremos más adelante) sin acompañar su crítica de la creación de instrumentos alternativos a los del derecho penal que ataquen los conflictos de la desviación en sus orígenes y que sean compatibles con la reintegración social del autor, de la víctima y del ambiente.

En efecto, a esta teoría se le imputa el de ser un modelo tecnocrático, legitimador y acrítico. El centro de gravedad de la pena pasa de la subjetividad del individuo y del mundo axiológico, de los valores, al sistema y a las expectativas institucionales, eludiendo cualquier reflexión crítica ajena a la funcionalidad del

castigo para el sistema.<sup>15</sup> Se le ha criticado también que esta teoría desvincula la pena con la función protectora de bienes jurídicos, cuando define al delito no como lesión de éstos, sino como expresión simbólica de falta de lealtad al Derecho que cuestiona la confianza institucional en el sistema.

**c. Teoría de la prevención especial positiva.**

Desarrollada por diversas corrientes de pensamiento penal, como la escuela alemana de Liszt, el positivismo criminológico italiano, el correccionalismo y la escuela de la defensa social. Aunque cada una de ellas presente matices, resulta factible enunciar sus principales formulaciones. Es la posición extrema contraria a la teoría de la retribución.

Según este punto de vista preventivo-especial, el fin de la pena es disuadir al autor de futuros hechos punibles, es decir, evitar las reincidencias (versión moderna de la teoría) y sólo es indispensable aquella pena que se necesite para lograrlo, se procurará readaptar al autor mediante tratamientos de resocialización. Así, la necesidad de prevención especial es la que legitima la pena, según Von Liszt; "sólo la pena necesaria es justa". Se habla de "relativa" porque su finalidad está referida a la "evitación del delito".

---

<sup>15</sup> Cfr. BARATTA, Anselmo. "INTEGRACIÓN – PREVENCIÓN, UNA NUEVA FUNDAMENTACIÓN DE LA PENA DENTRO DE LA TEORÍA SISTÉMICA". En: Cuadernos de Política Criminal, N° 24, Madrid – España, 1984, Págs. 534 y sgts.

La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, no mira el pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor. Esta concepción, influenciada por el determinismo, no admite la libertad de voluntad, niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena.

En Italia, la Escuela Positiva ha cabido la imagen promovido en el sistema de Derecho Penal y Criminología porque ha puesto en el centro del atención el delincuente. Su principales representantes Lombroso, Ferri y Garofalo han hecho un estudio completo del delito como un hecho natural y social y han concluido que el delincuente es como un enfermo o inadaptado social, que no tiene libre albedrío. Porque el delincuente no tiene responsabilidad, la pena es ineficaz, razón para que ella debe ser recambiada con las medidas de seguridad.

En Alemania la Escuela Sociológica conducida de Franz von Liszt ha establecido que la finalidad de la pena debe investigarse en función de las distintas categorías de delincuentes y no de manera uniforme para cualquier autor.

Von Liszt se dedicó a clasificar delincuentes considerando que la eficacia de la incriminación exige que ella se adapte a cada sujeto, procurando corregir, intimidar o inocuizar, según la personalidad de cada individuo sobre el que la pena deba cumplir su función



preventiva, de modo que para dicho autor la prevención especial actúa de tres maneras:

- Corrigiendo al corregible: resocialización.
- Intimidando al intimidable.
- Haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables.

La necesidad de la pena es la que fundamenta en esta teoría de la imposición.

Pese a que existen razones para considerarlo concepción dominante, éste punto de vista también es vulnerable. El ideal de corrección explica el fin que persigue la pena pero no contiene ninguna justificación del ius puniendi. No sirve para fundamentar la conminación de penas, sino en todo caso, para fundamentar la aplicación y ejecución de penas. No posibilitan una delimitación del ius puniendi en cuanto a su contenido. Pueden crear el riesgo de fundamentar el Derecho Penal contra los inadaptado –enemigos políticos- o los asociales –mendigos, vagabundos, prostitutas, etc.

Resulta válido cuestionar el derecho del Estado a someter a tratamiento contra su voluntad a una persona, especialmente si es adulta, porque puede traducirse en una manipulación de la personalidad para obligarla a dejar de ser lo que quiere. La imposición coactiva de un proceso de resocialización entra en contradicción con la

idea de un estado de derecho que exige pluralismo. Así, el fin de resocialización será de tan poca precisión que podría ampliar incontroladamente el poder del Estado en el campo del Derecho Penal. Incluso debería perseguirse un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, aún a riesgo de que la duración sea indefinida.

En la mayoría de los casos, nuestros conocimientos empíricos no bastan para delimitar la necesidad de la pena, lo que resulta extensivo a lo relativo a naturaleza y quantum de la pena. En aquellos supuestos en que resulte posible determinar la falta de necesidad de prevención especial la única conclusión viable sería la impunidad, o sea:

- Delincuentes primarios y ocasionales: Porque no manifiestan peligro de volver a delinquir.
- Delitos graves: en ciertos casos no hay peligro de repetición.
- Delitos cometidos en situaciones excepcionales: porque casi con seguridad no se volverán a repetir.
- Delincuentes habituales: a veces no hay posibilidad de resocializarlos.
- Delincuentes por convicción: se dificulta la resocialización debido a que para que la misma resulte viable es indispensable la colaboración del delincuente y no cabe su imposición coactiva, no podría aplicársele por la fuerza.

En el ámbito de individualización de la pena, surgen nuevas objeciones por la imposibilidad de predecir los efectos del tratamiento (si la pena se prolonga hasta que el tratamiento tenga éxito, el condenado queda a merced de la intervención estatal).

El Estado o la sociedad no tienen derecho alguno que les permita readaptar a según las reglas socialmente impuestas, en forma coactiva, al autor de un delito determinado. No se puede, además, agotar el sentido de la pena en la readaptación social del condenado y el propósito de evitar la reincidencia. La razón por la cual la teoría de la prevención especial quedó detenida en su evolución, no logrando superar las críticas apuntadas, se relacionan con su prematuro abandono de los conocimientos de las ciencias sociales y de la investigación empírica para construir las categorías de autor que debían servir de base al sistema.

#### **d. Teoría de la prevención especial negativa**

El término *inocuización* del delincuente viene de la teoría de Von Liszt<sup>16</sup> indicada en el anterior acápite. Su innegable vinculación al positivismo criminológico y su práctico abandono en la teoría de los fines del Derecho penal del último medio siglo hace que no se encuentren apenas referencias al mismo. Ello, con independencia de la existencia, en mayor o menor medida, de instituciones como, por ejemplo, la *custodia de*

---

<sup>16</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "EL RETORNO DE LA INOCUIZACIÓN. EL CASO DE LAS REACCIONES JURÍDICO PENALES FRENTE A LOS DELINCUENTES SEXUALES VIOLENTOS": En: Estudios de Derecho Penal, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2000, Pág. 233.

*seguridad* alemana, orientadas básicamente, aunque no exclusivamente a la inocuización de delincuentes habituales.

La premisa mayor de la teoría de la inocuización es que resulta posible individualizar a un número relativamente pequeño de delincuentes, respecto de los cuales cabe determinar que han sido responsables de la mayor parte de hechos delictivos y predecir que lo seguirán siendo. De modo que la inocuización de los mismos (esto es, su retención en prisión el máximo tiempo posible) conseguiría una radical reducción del número de hechos delictivos y, con ello, importantes beneficios al menor coste.

Los métodos predictivos basados en el análisis psicológico individual de responsabilidad o peligrosidad han sido sustituidos por otros de naturaleza actuaría, de modo que el delito pasa a ser abordado con las mismas técnicas probabilísticas y cuantitativas que, en el ámbito de los seguros, por ejemplo, se utilizan para la gestión de riesgos. Ello supone recurrir al método estadístico, tomando como base determinados indicadores, cuya cuantificación es el punto de partida para emitir pronósticos de peligrosidad sobre grupos o clases de sujetos, sin necesidad de entrar en estudios de la psicología del individuo concreto.

Sin embargo, la búsqueda de criterios valorativos de distribución razonable de la carga de la inseguridad habría de ser el criterio de la reforma penal. Una

reforma que descartaría cualquier concepto radical de la inocuización, como distribución desequilibrada de cargas en perjuicio del penado. Pues una sociedad que quiere mantenerse en un Derecho penal respetuoso con la individualidad y los derechos fundamentales de la persona, también del delincuente, una sociedad que, por tanto quiere conceder a todo autor la posibilidad de la resocialización, debe también estar dispuesta necesariamente a soportar un riesgo para la seguridad de la colectividad. En suma, cumplida la condena ajustada a la culpabilidad, la sociedad deba asumir siempre todo el riesgo de un delito futuro cometido por el sujeto imputable.

#### **2.1.5.3. Teoría mixta o de la unión.**

La polémica entre teorías absolutas y relativas de la pena evidencia que existe más de un fin de la pena ya que ninguna de las mencionadas concepciones agota el fundamento para su explicación. De allí se derivan teorías de la unión que procuran articular una síntesis entre las doctrinas en pugna. Parten del supuesto realista de que no es posible adoptar una fundamentación desde las formas puras precedentemente señaladas porque ellas ofrecen varios flancos a la crítica. Surgen así teorías pluridimensionales de la pena que suponen una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones puras hasta aquí analizadas.

Los intentos para presentar una fundamentación coherente de la pena, que contemple al mismo tiempo las teorías absolutas y las relativas, son variados. Además, éstas "teorías de la unión" son dominantes en el Derecho penal contemporáneo. Algunos autores señalan que su existencia pone en evidencia una crisis cuya manifestación más evidente es la ausencia de respuestas doctrinarias y legislativas armónicas para justificar el "ius puniendi" estatal, "con todas las consecuencias de inseguridad que de allí se derivan".

Comúnmente las teorías mixtas le asignan al Derecho Penal la función de protección a la sociedad, sin embargo, tal función no reviste iguales características en todas las teorías. Pueden reconocerse dos grupos de fundamentaciones:

Aquellas que postulan que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y que los fines de la prevención sólo juegan un papel complementario dentro del marco de la retribución. Y las que sostienen que fundamento de la pena es la defensa de la sociedad, y a la retribución corresponde únicamente la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido.

En ambos casos, la protección de la sociedad es entendida en el sentido de protección de bienes jurídicos y las conminaciones penales se justifican sólo, y siempre, por la necesidad de protección de bienes jurídicos.

**a. La culpabilidad como fundamento de la pena.**

La dirección conservadora, que encuentra (en Alemania) encaje en el Proyecto Oficial de 1962, ve en la retribución el *fundamento* de la pena. La pena tiene sentido en cuanto retribución de la culpabilidad del autor y reafirmación del orden jurídico, sin perjuicio de que *además* pueda cumplir determinados fines de política criminal, como el de prevención de futuros delitos, mediante la intimidación individual, la general y (de forma más duradera) mediante la recuperación del delincuente.

La función que se asigna al Derecho penal tiene su fundamento en la proporcionalidad de la pena con el delito. No se busca la realización de la justicia en la tierra, sino proteger la sociedad.

**b. La culpabilidad como límite de la pena**

La dirección progresista, en la doctrina alemana, se refleja en el Proyecto Alternativo de 1966, que fundamenta la pena en la necesaria defensa de la sociedad, en la protección de bienes jurídicos, operando la retribución y la culpabilidad como mero *límite* de las metas de prevención. La pena es una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son los hombres, y no un proceso metafísico para realizar la justicia sobre la tierra.

Dicho más brevemente para la dirección conservadora, la culpabilidad es *fundamento* de la pena, mientras para

la progresista es mero *límite*. Para la primera, la función del Derecho penal es retribución – preventiva; para los segundos, esencialmente preventiva, protectora de bienes jurídicos.<sup>17</sup>

### c. Teoría diferenciadora de Schmidhauser

Para el autor, las teorías monistas y las de la unión no contemplan con la necesaria sobriedad y objetividad el *fenómeno* de la pena estatal en el presente, óptica de la que hay que partir, sino que ponen el acento exclusivamente en aspecto parciales del mismo, absolutizándolos.

A juicio del autor, la pena sirve al fin de la lucha contra el delito y, con arreglo a la experiencia, es obvio que se trata de un medio adecuado para tal fin el de hacer posible la convivencia manteniendo la comisión de crímenes dentro de unos límites tolerables para aquella. Dicho de otro modo, se castiga por razones de *prevención general* y ésta es la función que desempeña la pena como fenómeno social.

Schmidhauser ve, también, un particular sentido a la pena según las personas o instituciones que intervienen en su administración: el legislador, los órganos encargados de la persecución del delito, el juez penal, los funcionarios que tienen a su cargo la ejecución de la pena, el propio penado y la sociedad. Al legislador le preocuparía la *justicia*, pero más aún que la idea o

---

<sup>17</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago. "INTRODUCCIÓN A LAS BASES DE DERECHO PENAL", 2da. Edición, Editorial B de F, Montevideo – Uruguay, 2002, Pág. 73.



valor de justicia, le preocuparía el bien de la sociedad. Para los órganos encargados de la persecución del delito, la pena tiene otro sentido: el de esclarecer los hechos y poner a sus autores a disposición de los tribunales, guiados por el principio de igualdad, sin perjuicio de contribuir al mantenimiento de la paz jurídica. Para el Juez penal se trata de hacer justicia a través de una correcta valoración de los hechos, jugando un papel, también, importante las exigencias de prevención especial, y no las de prevención general. Los funcionarios encargados de la ejecución, por su parte, ven en la pena hoy el modo de conducir al penado por el camino más adecuado a fin de que pueda serle provechosa su estancia en la prisión y de facilitar su posterior incorporación a la sociedad como miembro útil.

Resumiendo, para Schmidhauser, en el momento de la conminación legal abstracta predomina la idea de prevención general; en el judicial, la de justicia; en el de ejecución de la pena, la tutela del delincuente y la prevención especial.<sup>18</sup>

#### **d. Teoría dialéctica de Roxin.**

Como ya se ha visto, ninguna de las teorías tradicionales resiste la crítica, debido a esto se ha intentado resolver el interrogante del sentido y límites de la pena acudiendo a una teoría ecléctica denominada teoría mixta o unificadora. Dicha teoría

---

<sup>18</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago. "INTRODUCCIÓN...", Ob. Cit., Pág. 76. GARCÍA PABLOS DE MOLINA. Ob. Cit., Pág. 173.

parte de la idea de retribución como base, a la que añaden el cumplimiento de fines preventivos, tanto generales como especiales. Estas teorías mixta o unificadoras, resultan en un eclecticismo "que, queriendo contentar a todos, no satisface totalmente a nadie", ya que la mera adición o yuxtaposición de teorías no responde a la inquietud propuesta, sino por el contrario multiplican a tres los efectos sometidos a crítica.

Claus Roxin intenta responder la pregunta anotada al inicio del trabajo con su teoría unificadora dialéctica, sin caer en eclecticismos paradójicos. De esta manera, escribe lo siguiente: *"El derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando, imponiendo y ejecutando penas; y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado"*.<sup>19</sup>

Por su parte, Muñoz Conde nos describe la teoría en sus tres fases, la primera radica *"en el momento de la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general... pero si, a pesar de esta amenaza se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea retributiva. Finalmente, durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si*

---

<sup>19</sup> Cfr. ROXIN, Claus. Ob. Cit., Págs. 17-19.

*se trata de una pena privativa de la libertad, la idea de prevención especial*",<sup>20</sup> y los peligros propios de cada teoría sólo podrán ser superados con la integración armónica, progresiva y racional de los tres estadios del *ius puniendi* descritos por el Derecho Penal. Analícese, entonces, dichas instancias:

**i. Las conminaciones de pena:** El Estado debe asegurar a los residentes de su territorio las condiciones de una existencia que satisfaga sus necesidades vitales, lo que se logrará con la protección de los bienes jurídicos y el aseguramiento del cumplimiento de las prestaciones públicas primarias. De esta forma encontramos dos consecuencias importantes: el derecho penal es de naturaleza subsidiaria, "los recursos penales, por ser los más drásticos, tienen que ser los últimos"; y la segunda radica en que el legislador no puede castigar conductas no lesivas ni perjudiciales de bienes jurídicos, sin importar de que dichos actos sean moralmente reprochables.

**ii. Imposición y medición de la pena:** *"Lo que se pone a discusión no es la adecuación del fin, sino la conformidad a Derecho del medio"*. La pena, al momento de imponerse o graduarse, no debe considerarse como la efectividad de la amenaza legal, con lo que se excluye la finalidad de la prevención general en este estadio. El castigo debe

---

<sup>20</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. "INTRODUCCIÓN...", Ob. Cit., Pág. 35.

ser conforme a Derecho, es decir, al momento de imponerse la pena lo que se busca es la inviolabilidad del ordenamiento jurídico, que se plasma con la conocida frase de Hegel: *"La pena es la negación de la negación del derecho"*. En pocas palabras la pena se justifica en su imposición por la salvaguardia del orden jurídico en la conciencia de la colectividad, lo que no es más que lo ya dicho por la teoría de la retribución: la imposición de un mal por el mal cometido.

- iii. La ejecución de la pena sólo puede estar justificada *"si persigue esta meta en la medida en que ello es posible, es decir, si tiene como contenido la reincorporación del delincuente a la comunidad. Así, pues, sólo está indicada una ejecución resocializadora"*.<sup>21</sup>

#### **2.1.5.4. Toma de postura.**

Contra las teorías absolutas se argumenta básicamente que: a) carecen de un fundamento empírico y son, por lo tanto, irracionales; b) que la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena es puramente ficticia porque, en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito; c) para que el fundamento de la pena pudiera residir únicamente en el delito cometido haría falta tener la certeza de que cuando el hombre actuó fue plena y absolutamente libre, principio indeterminista hoy por hoy no demostrable científicamente; d) lejos de

---

<sup>21</sup> Cfr. ROXIN, Claus. Ob. Cit., Pág. 31.

delimitar los presupuestos del ius puniendi, confieren un auténtico cheque en blanco al legislador; e) es criticable el propio mecanismo compensatorio que constituye la esencia de las mismas: la restauración del orden jurídico alterado a través de la imposición del castigo, porque tal mecanismo compensatorio tiene mucho de metafórico e irracional; f) las teorías absolutas no demuestran que la supervivencia del orden social dependa de la imposición de una pena a ciertos comportamientos, sino que presuponen dicha necesidad, y tiñen de moralidad y buena conciencia la cotidiana administración de justicia, olvidando que si los seres humanos castigamos a otros seres humanos es sólo por razones de estricta necesidad; g) en cuanto a las llamadas teorías de la justicia, el Estado no persigue a través del Derecho la realización de ideales absolutos de la justicia en la tierra, sino tan sólo hacer posible la convivencia de los hombres; h) la teoría de la expiación es un resultado moral impropio del Derecho, que persigue fines menos sublimes e incompatible con el sentido total del fenómeno que denominamos pena.

A favor de las teorías absolutas se sostiene: a) presentan un sentido limitador de la gravedad de la pena aplicable; b) se basan en el principio de proporcionalidad, sin este principio no puede decirse que se haya comprendido el significado de la punición; c) acogen el principio de culpabilidad, ya que para retribuir por algo hace falta comprobar previamente que la retribución se ha merecido; d) políticamente, su significación liberal, ya que las exigencias de una pena proporcionada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, de un mal adecuado al

mal del delito, significan una garantía para el ciudadano ante los posibles abusos del Estado.

En cuanto que la culpabilidad no fundamenta ya la pena, entendida retributivamente, nada se opone a la idea defendida por Roxin, para quien la pena establecida legalmente es límite máximo que no se puede sobrepasar, pero no límite mínimo; por lo que se puede dejar de imponer la pena si su aplicación no es necesaria por razones de prevención general (defensa del ordenamiento jurídico) o de prevención especial (resocialización del delincuente).

Por otro lado, descartada una pena establecida o determinada sólo por criterios de prevención general, prescindiendo de la culpabilidad y de la prevención especial, nada se opone a que sean razones de prevención general las que, excepcionalmente, prevalezcan frente a la prevención especial, dentro de lo merecido por la culpabilidad. Aunque en tales casos se antepondría la prevención general a la prevención especial, el hecho de que no se sobrepase de la prevención general armonizable con lo proporcional a la gravedad del delito (lo único que se hace es recortar excepcionalmente algún aspecto de la prevención especial), no cabe afirmar que se produzca una extralimitación de la prevención general, si bien, en este aspecto, se reconoce, en cierta medida, parte de la tesis de los defensores de la prevención general negativa, para quienes el límite de la prevención especial es la prevención general que puede oponerse a que la

culpabilidad sea límite mínimo que se puede dejar de aplicar.

Por la misma razón, se explica que la prohibición de excluir la pena por innecesaria para la prevención especial fuera de los casos previstos en la ley no desvirtúa la postura de Roxin, ya que tampoco la prevención especial juega en Derecho penal al margen de la pena establecida en los momentos legislativo y judicial.

Así pues, consideramos que nada se opone a que el legislador introduzca cada vez más elementos que supongan un tratamiento individualizador de la pena que sirva a una auténtica resocialización, porque la pena (al igual que los bienes jurídicos a proteger penalmente) está al servicio del individuo (no al revés) y porque la defensa de la sociedad con que a veces se ha argumentado para justificar las instituciones penales, no es necesaria cuando es esa misma sociedad la que, a través de un proceso de individualización, acude a otros cauces más racionales de solución de sus conflictos.

#### **2.1.6. El sistema de penas en el derecho penal peruano.**

La pena en un sentido amplio, es la sanción que el Estado impone a aquellos que atentan contra el ordenamiento jurídico. Toda norma jurídica se compone de dos elementos: norma (presupuesto primario) y sanción (presupuesto secundario). El presupuesto primario se refiere a la prohibición, orden, mandato, referido a la conducta. La sanción viene a ser el nexo constitutivo a la inobservancia de la norma.

Las penas y medidas de seguridad constituyen el punto de contacto de todas las normas penales. Una disposición no tiene carácter penal porque regule la lesión de mandatos o prohibiciones - rasgo atribuible igualmente a las normas civiles o administrativas - sino porque dicha lesión se encuentra sancionada con una de dichas consecuencias jurídicas. Sin embargo, la diversificación de las estrategias de la política criminal ha conducido a la introducción de otras formas de reacción en el marco del derecho penal. La ampliación de los instrumentos de la reacción penal se puede caracterizar del siguiente modo:

- La función eminentemente represiva que se le asignaba a la pena se le han agregado otras funciones de corte utilitario, lo que ha dado lugar a una notable evolución cualitativa de la misma, en particular de la pena privativa de libertad, así como a la introducción de otras penas (ampliación del sistema de penas);
- Las consecuencias jurídicas no sólo recaen en el comportamiento (individual) de la persona natural, sino también en los comportamientos delictuosos cometidos a través o por personas jurídicas. Esto implica la adopción de instituciones que refuercen la influencia del derecho penal sobre las personas jurídicas (sanciones a las personas jurídicas);
- Dentro del contexto de la trilogía conformada por el autor de la infracción, el Estado y la víctima, se considera igualmente importante la compensación de los daños y perjuicios sufridos por la víctima. En la medida en que la compensación es inherente a la transgresión jurídica (2), la reparación debe constituir una respuesta propia del derecho penal y no paralela o



complementaria a éste (reparación como modalidad sancionadora);

- La necesidad de acentuar el carácter preventivo del derecho penal supone que al lado de la atenuación de la peligrosidad subjetiva del agente, fundamento de la imposición de las medidas de seguridad, se considere asimismo relevante la disminución de la peligrosidad objetiva de los instrumentos que sirven para la comisión del delito o son el producto del mismo (perfeccionamiento del comiso o de otras consecuencias accesorias);
- Finalmente, el aumento de la importancia de las estrategias de prevención del control penal determina que la sanción penal sea concebida no sólo como una consecuencia desfavorable al delincuente, sino también como un mecanismo de incitación a la observancia de la norma o de atenuación de los efectos negativos de su inobservancia (introducción de las llamadas sanciones "prémiales").

El desarrollo diferenciado y multiforme de las estrategias de la reacción social frente al comportamiento delictuoso, ha llevado a asumir un concepto amplio de lo que se entiende por sanción penal y la teoría que la estudia. Esta se encarga del estudio de las instituciones y categorías vinculadas a la reacción del sistema penal frente a la comisión de una infracción penal.<sup>22</sup> Dentro de esta noción se comprenden, por tanto, instituciones tan disímiles como la pena, la medida de seguridad, la reparación civil y las denominadas consecuencias accesorias al delito. Esta fue también la concepción

---

<sup>22</sup> Cfr. ESER, Albin. "UNA JUSTICIA PENAL A LA MEDIDA DEL SER HUMANO". En: Revista de derecho penal y criminología, N° 1, Madrid – España, 1998, Pág. 144.

adoptada por el legislador cuando estructuró la sistemática de las consecuencias jurídicas del delito. Sin incluirlas dentro de un rótulo común, el legislador de 1991 las ordenó sucesivamente en la parte general del Código vigente, llegando a representar casi el 70 % de sus disposiciones.

La importancia de las sanciones penales no sólo es cuantitativa. Cualitativamente, su estudio permite observar con mayor claridad las opciones de política criminal seguidas por el Estado. A través de su análisis sistemático se puede dar cuenta de las (dis)funciones, incoherencias, posibilidades de desarrollo y límites de las estrategias de control y prevención de la criminalidad. Habiendo transcurrido más de un lustro desde la entrada en vigencia del Código de penal es de preguntarse, en consecuencia, cuáles son en la actualidad las características y los problemas fundamentales del sistema de sanciones (en particular de las penas)

Cuando decimos que las penas están organizadas en un sistema estamos asumiendo la idea de que se trata de una unidad global, cuyos elementos constitutivos están siempre relacionados entre sí y en contacto con una realidad determinada. Constituye en principio una unidad pues sus elementos responden a una misma finalidad en el control penal: la disminución de la criminalidad. A su vez esta finalidad es realizable a través de diferentes formas de intervención penal (penas en particular). En la medida en que estas modalidades de intervención penal cumplen tareas que repercuten en el funcionamiento del sistema en general, se encuentran vinculadas entre ellas a efecto de llegar a resultados coherentes. Los resultados perseguidos mediante la imposición y aplicación de un sistema de penas no es otro que la modificación positiva del comportamiento de los individuos a los que se aplica (influencia social de las penas). Los

criterios de configuración de un sistema son además completados por otros que teóricamente lo hagan funcional. A continuación haremos un esbozo de los principales criterios que pueden dar tal calidad a las penas.

Un primer criterio a observar en la programación e implementación de un sistema de penas es el respeto de la dignidad humana (art. 1, Const.). La persona siendo un valor en sí mismo y portadora de una autonomía propia de su condición de ser racional y libre, no debe, en consecuencia, ser un instrumento del Estado o de la sociedad al momento que prevén, imponen o ejecutan penas. El carácter universal de este principio determina que sus alcances sean aplicables a toda persona cualesquiera que sea su condición física, síquica o jurídica. Por tanto, incluso los delincuentes más abyectos o peligrosos son titulares de este derecho.

La capacidad de todo individuo para autodeterminarse y definir sus proyectos de vida es, ciertamente, susceptible de restricción mediante la pena. Es aceptable que, en casos extremos, el Estado prive de libertad a un individuo que ha cometido un delito (prevención especial negativa). Pero esta limitación no debe ser absoluta ni indeterminada. El Estado no está autorizado a eliminar físicamente a una persona (proscripción de la pena de muerte) ni a privarla de manera perpetua de libertad o de otro derecho.

En el Perú, hasta mediados de abril de 1991 el viejo Código penal de 1924, contenía la clásica división de la sanción penal: penas de internamiento, penitenciaria, relegación, prisión, expatriación, multa e inhabilitación, cuya aplicación no solamente dependía de la mayor o menor gravedad del hecho punible, sino, además debería tenerse en cuenta los antecedentes penales del sujeto activo, pudiendo darse el

caso del reincidente, a quien deberían sancionar con una pena no menor al máximo de la correspondería al delito tipo, debiendo el juzgador tener en cuenta los dos extremos que se puntualizan en cada delito, para su real determinación. El instituto de la reincidencia ha desaparecido de nuestro actual Código Penal, permitiendo que las penas al momento de aplicarse, sancionen únicamente el hecho delictivo, olvidándose del historial penal del procesado.

Según el artículo 28° del Código Penal, las penas aplicables son:

1. Pena privativa de libertad.
  - 1.1 Temporal.
  - 1.2 Cadena perpetua.
2. Penas restrictivas de libertad.
  - 2.1 Expatriación.
  - 2.2 Expulsión.
3. Penas limitativas de derechos.
  - 3.1 Prestación de servicios a la comunidad.
  - 3.2 Limitación de días libres.
  - 3.3 Inhabilitación.
4. Pena de multa

Se puede apreciar que la actual legislación penal sustantiva ha eliminado las penas de internamiento, penitenciaria, relegación y prisión al unificarlas en la pena privativa de libertad a que refiere el artículo 29° del Código Penal. Tampoco contempla las penas accesorias de inhabilitación e interdicción civil durante la condena y

posterior de ella. A continuación, comentaremos cada una de estas penas.

#### **2.1.6.1. La pena privativa de libertad.**

Que nuestro sistema de penas precisaba una profunda remodelación, es algo que nadie discute, cambio necesario tanto respecto de las propias penas existentes cuanto del modelo seguido por las reglas de determinación de la pena para hallar la concreta sanción aplicable.<sup>23</sup>

Desde los orígenes de nuestra Codificación penal, la pena privativa de libertad ha venido ocupando, como se sabe, un lugar fundamental en nuestros textos punitivos, algo predicable, igualmente, de los del resto de los países, siendo la propia evolución en el cumplimiento de tal clase de pena –de la que son hitos fundamentales los grandes sistemas penitenciarios, en especial el denominado "progresivo"– la que la llevaría a convertirse con carácter

---

<sup>23</sup> Igual situación se dio en España, con relación a su Código Penal de 1995. en ese contexto, la doctrina española ha analizado la denominada "parte artística del Código", ahora derogado, caracterizada por su carácter extremadamente cerrado, había sido calificada por la doctrina como sistema de "muy compleja construcción" (Cfr. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. "LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO", 4ta. Edición, Editorial Tecnos, Madrid - España, 1996, Pág. 101), de configuración "en extremo legalista" (Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO / UBIETO, E.. "SOBRE EL CONCEPTO DEL DERECHO PENAL", Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid - España, 1981, Pág. 328) achacándosele el defecto de pecar "de una cierta rigidez" (CEREZO MIR. Ob. Cit., Pág. 169). La minuciosa regulación establecida en este ámbito no impedía, sin embargo, habida cuenta de la general amplitud de los marcos penales, conjugada con referencias, en ciertos artículos, poco precisas a la hora de definir la conducta punible, que el principio de legalidad apareciese seriamente comprometido (En el CP de 1995 existe, también, algún precepto que resulta cuestionable desde la perspectiva de seguridad jurídica, como es el caso del art. 351, que prevé la pena de prisión de diez a veinte años para "los que provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas", precepto que permite imponer la pena inferior en grado en atención a "la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho"; esto es, se establece una pena que oscila entre los cinco y los veinte años de prisión, sin que al juzgador se le proporcionen pautas bastantes y precisas para moverse dentro de tan amplia penalidad). Tal detallada regulación propiciaba, en determinados supuestos, por lo demás, dada la presencia en el texto punitivo de las obsoletas "Escalas graduales", resultados absolutamente paradójicos, como el de tener que imponer, v. gr., la pena de caución de conducta o de multa de cien mil a un millón de pesetas al sujeto en principio, pongamos por caso, condenado a la pena de reprensión pública si el mismo, por tener a su favor, por ej., una eximente incompleta resultaba beneficiado con la rebaja en un grado o dos de la pena que al tipo realizado correspondía. De estas indeseables consecuencias se hacía eco, entre otros, MANZANARES SAMANIEGO, José. "LA CAUCIÓN, EN LAS PENAS PATRIMONIALES EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL", Editorial Bosch, Barcelona - España, 1983, Págs. 316 y sgts. CASABÓ RUIZ, J. "COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL", Tomo II (por J. Córdoba Roda, G. Rodríguez Mourullo, A. del Toro Marzal y J.R. Casabó Ruiz), Editorial Reus, Barcelona - España, 1972, Págs. 185 y sgts.

general en el eje de la legislación punitiva de los diversos Estados. Sin embargo, las esperanzas que en la misma se depositaron –como resalta ya tópicamente la doctrina– pronto comenzaron a quebrarse y desde hace tiempo se asiste a una continuada y profunda crisis de la reacción carcelaria, crisis a la que no es, desde luego, ajena ni la existencia de unas penas excesivamente duraderas, que – se ha dicho– causan más problemas de los que resuelven, ni la presencia en los textos punitivos de las criticadas penas cortas.

La pena privativa de libertad es formalmente, luego de la pena de muerte, la sanción más severa con que cuenta nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de seguir siendo la pena que más identifica al derecho penal actual, su importancia como instrumento de política criminal ha disminuido sensiblemente. Esta tendencia se pone de manifiesto fundamentalmente a nivel de las estrategias destinadas a controlar la pequeña y mediana criminalidad. Respecto a estas formas de criminalidad, se busca privilegiar el uso de alternativas a la privación de libertad. En este sentido, el legislador de 1991 señala " la urgencia de buscar otras medidas sancionadoras para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad, o que han cometido hechos delictuosos que no revisten mayor gravedad".

La pena privativa de libertad consiste en la privación de la libertad ambulatoria, que se impone al condenado.<sup>24</sup> Por la

---

<sup>24</sup> Cfr. FLORES MUÑOZ, Milko R. "LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO", Ediciones Debate Jurídico, Lima – Perú, 1994, Pág. 126.

pena privativa de libertad el sujeto activo del delito es recluso e internado físicamente en un local especial, que para estos efectos edifica el Estado por tiempo determinado y durante el cual debe someterse a un tratamiento específico para su posterior readaptación y reincorporación al seno de la comunidad. La finalidad expresada y que se ha pretendido a través de la ejecución de la pena ha sido resocializar al penado; tiene una raigambre preventiva especial al establecer que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, el mismo que se repite en el artículo II del Código de Ejecución Penal.

El criterio de *reeducción* a través de la pena privativa de libertad, actualmente se encuentra cuestionada, por lo que se afirma que debe abandonarse la ilusión del poder *reeducar* en el interior del Sistema Penal, más aún en las instituciones tales como la cárcel.

La incuestionable actualidad de la pena privativa de libertad y su compleja problemática, su predominio, son características del Derecho penal moderno, dado que, su aplicación representa la fuente esencial de nuestra justicia penal.

Al margen de la ardua polémica sobre el tema de los fines de la pena, es claro que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el "régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a

la sociedad", en armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados".

Se trata, naturalmente, de un principio constitucional-penitenciario, que no por su condición de tal, carece de eficacia. Comporta, por el contrario, un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones cómo se ejecutarán las penas o, por lo que ahora importa rescatar, al establecer el *cuántum* de ellas y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos.

Desde esa perspectiva, el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el *cuántum* de la pena: en efecto, cualquiera sea la regulación de ese *cuántum* o las condiciones en la que ésta se ha de cumplir, ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" del penado a la sociedad.

La única excepción a tal límite constitucional es la que se deriva del artículo 140º de la propia Constitución, según la cual el legislador, frente a determinados delitos, puede prever la posibilidad de aplicar la pena de muerte. Sin embargo, como se deduce de la misma Norma



Fundamental, tal regulación ha de encontrarse condicionada a su conformidad con los tratados en los que el Estado peruano sea parte y sobre, cuyos concretos alcances de aplicación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse, en la Opinión Consultiva N.º 14/94, del 9 de diciembre de 1994.

De las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad.

La denominada "cadena perpetua", en su regulación legal actual, es intemporal; es decir, no está sujeta a límites en el tiempo, pues si tiene un comienzo, sin embargo carece de un final y, en esa medida, niega la posibilidad de que el penado en algún momento pueda reincorporarse a la sociedad.

Sin embargo, el establecimiento de la pena de cadena perpetua no sólo resiente al principio constitucional previsto en el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución. También es contraria a los principios de dignidad de la persona y de libertad.

En primer lugar, es contraria al principio de libertad, ya que si bien la imposición de una pena determinada constituye una medida que restringe la libertad personal del condenado, es claro que, en ningún caso, la restricción de los derechos fundamentales puede culminar con la anulación de esa libertad, pues no solamente el legislador está obligado a respetar su contenido esencial, sino, además, constituye uno de los principios sobre los cuales se levanta el Estado Constitucional de Derecho, con independencia del bien jurídico que se haya podido infringir. Por ello, tratándose de la limitación de la libertad individual como consecuencia de la imposición de una sentencia condenatoria, ésta no puede ser intemporal sino que debe contener límites temporales.

En segundo lugar, que detrás de las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" como fines del régimen penitenciario, también se encuentra necesariamente una concreción del principio de dignidad de la persona (artículo 1º de la Constitución) y, por tanto, éste constituye un límite para el legislador penal. Dicho principio, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía.

En el ámbito penitenciario, la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las

medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena. Sin embargo, y aunque no se exprese, detrás de medidas punitivas de naturaleza drástica como la cadena perpetua subyace una cosificación del penado, pues éste termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sobre el cual -porque nunca tendrá la oportunidad de ser reincorporado-, tampoco habrá la necesidad de realizar las medidas adecuadas para su rehabilitación.

El carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir. Pero, en cualquier caso, nunca le puede ser negada la esperanza de poderse insertar en la vida comunitaria. Y es que al lado del elemento retributivo, ínsito a toda pena, siempre debe encontrarse latente la esperanza de que el penado algún día pueda recobrar su libertad. El internamiento en un centro carcelario de por vida, sin que la pena tenga un límite temporal, aniquila tal posibilidad.

Como antes se ha expresado, no sólo anula la esperanza de lograr la libertad. También anula al penado como ser humano, pues lo condena, hasta su muerte, a transcurrir su vida internado en un establecimiento penal, sin posibilidad de poder alcanzar su proyecto de vida trazado con respeto a los derechos y valores ajenos. Lo convierte

en un objeto, en una cosa, cuyo desechamiento se hace en vida. La cadena perpetua, en sí misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano. El Estado Constitucional de Derecho no encuentra justificación para aplicarla, aun en el caso que el penado, con un ejercicio antijurídico de su libertad, haya pretendido destruirlo o socavarlo.

#### **2.1.6.2. Las penas restrictivas de libertad.**

Las penas restrictivas de libertad lesionan al contrario de lo que sucede con los privativos, pues no quitan por completo la libertad y el movimiento, sino que solo la recortan, bien a través de la prohibición de residir en algún determinado enclave geográfico, bien con la obligación de morar en algún lugar concreto, sin trasponer los límites que se establece en la sentencia, en Roma esta clase de pena era conocida como el *destierro voluntario*, cuya finalidad fue las de sustraerse a la ejecución de la pena.

Nuestro Código Penal, siguiendo el principio fundamental de esta clase de pena, lo incluye en el art. 30° del C.P., estableciendo la expatriación para los nacionales y la expulsión para los extranjeros, previo cumplimiento de la pena privativa de libertad. Sin embargo, y según se viene expresando, podemos notar que se aplicarían este tipo de pena dos sanciones para el mismo delito, las que se cumplen violando el principio constitucional de *non bis in idem*, pues así lo estipula el art. 30° del C.P. al ordenar que ambas: las penas restrictivas de la libertad, se aplican después de aplicada la pena privativa de libertad. Motivo por el cual existen criterios de derecho humanitario e

internacional como por la naturaleza y aplicación, las penas restrictivas de libertad deben ser eliminadas de nuestro ordenamiento jurídico penal.

#### **2.1.6.3. Expatriación.**

La expatriación de nacionales está prevista en determinados delitos (dolosos) contra la seguridad nacional y del (inconstitucional) traición a la patria (arts. 325, 326, 329, 330, 331, 332 C.P.).

Su inclusión, por arte de birlibirloque, en el Código vigente va a contracorriente de la tendencia político criminal de proscribirla del catálogo de sanciones penales. Desechada en los sucesivos proyectos de Código penal, a excepción del Proyecto de 1986 que preveía la expatriación (art. 34), apareció misteriosamente en el Proyecto de enero de 1991. El apuro del legislador por introducirla en el sistema de penas se pone en evidencia en la forma cómo rectificó la exposición de motivos del Proyecto de 1990. Al referirse a las clases de pena previstas por el Código, el legislador del 91 señaló: " El Proyecto prevé un elenco de penas marcadamente simple. Las sanciones son de tres clases: privativa de libertad, restrictiva de libertad, limitativa de derechos y multa (art. 28)". Es decir, agregó a la anterior versión la nueva pena, pero siguió hablando de la existencia de tres clases de pena.

Sin embargo, la pena de expatriación de nacionales constituye una innovación infeliz del legislador. Su dudosa constitucionalidad y su clara incompatibilidad con el derecho internacional ha sido relevada unánimemente por

los autores nacionales. Al margen de su incompatibilidad con la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe que nadie puede ser expulsado del territorio del cual es nacional, ni ser privado de ingresar en el mismo, cabría también evaluar constitucionalmente su legitimidad. Como su nombre lo indica, las penas restrictivas de la libertad implican una restricción sustantiva a la libertad de residencia en todas sus manifestaciones: la posibilidad de establecerse en el territorio nacional, de transitar y de entrar en todo tiempo (art. 2, inc. 11 Const.). Como todo derecho fundamental, la libertad de residencia está sujeta a restricciones. En este sentido, la Constitución establece como limitaciones de su ejercicio razones de sanidad, mandato judicial o la aplicación de la ley de extranjería (D Leg 703). La concretización de estas restricciones está sin embargo sujeta al examen de tres condiciones: un interés público predominante, una base legal suficiente, y la observancia de la proporcionalidad de la medida. Estas condiciones difícilmente se cumplen en la manera como han sido reguladas estas penas: el interés público de expulsar a un extranjero que ha cometido un delito puede ciertamente existir y prevalecer sobre el interés del condenado de permanecer en el territorio nacional, pero difícilmente puede sostenerse que una expulsión indeterminada satisfaga las exigencias del principio de legalidad, ni mucho menos del principio de proporcionalidad.

No puede existir interés público preferente en expatriar a un nacional luego de que éste haya purgado 15 o 20 años de privación de libertad. Tampoco puede sostenerse que

la expatriación sea una pena adecuada al fin de prevención especial negativa. Pues si de lo que se trata es de evitar que el nacional vuelva a coludirse con un Estado extranjero, no se percibe de qué manera se atenúa o desaparece dicho riesgo expulsándolo del territorio nacional. No existe, finalmente, una justificación moral para que el Estado se deshaga de sus nacionales que han cometido un delito en su territorio. El principio de personalidad, que hace posible la extradición activa de los nacionales, contradice precisamente la razón de ser de esta pena.

#### **2.1.6.4. Expulsión.**

El artículo 30 del Código Penal, sostiene que éste es aplicable en el caso de extranjeros –típico caso de política criminal- pero, al igual que para la expatriación, ésta se cumple después de cumplida la pena privativa de la libertad.

#### **2.1.6.5. Las penas limitativas de derecho.**

Dentro de las penas limitativas de derechos se encuentran consideradas, por un lado, las nuevas penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres y, por otro lado, la pena de inhabilitación (art. 31 C.P.). El legislador de 1991 ha otorgado la denominación “penas limitativas de derechos” a un grupo de consecuencias jurídico – criminales que, sin estar directamente orientadas a incidir en los derechos del condenado a la libertad de desplazamiento o al patrimonio, restringen o privan el ejercicio de derechos de diversa índole: políticos,

profesionales, familiares, etc.<sup>25</sup> Más allá no es posible señalar elementos comunes que puedan servir como criterio aglutinador.

El primer problema que ha de enfrentarse en la revisión de estas penas es el de su denominación. El título adoptado para denominarlas no resulta muy funcional para dar cuenta de su contenido.<sup>26</sup> Al regularlas como una categoría independiente de las penas privativas y restrictivas de libertad, el legislador asume que existe una diferencia cualitativa entre los bienes jurídicos afectados con estas penas. Sin embargo, no existe una frontera claramente delimitada entre la afectación de la libertad y la de los derechos. La primera es concebida como un sinónimo parcial del término derecho. La libertad constituye una facultad natural que tiene toda persona de obrar de una manera o de otra o de abstenerse de obrar. Los derechos, en su acepción subjetiva, no vienen a ser sino los instrumentos establecidos por el ordenamiento jurídico para ejercerla. En consecuencia, la privación o la restricción de la libertad, mediante la imposición de una pena, es igualmente una forma de privar o limitar el ejercicio de un derecho.

---

<sup>25</sup> Cfr. ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. "PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD Y LIMITACIÓN DE DIAS LIBRES EN EL DERECHO PENAL PERUANO": En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 03, Lima – Perú, 2002, Pág. 47.

<sup>26</sup> Peña Cabrera ha criticado el empleo de tal denominación, basándose para ello en que con excepción de la inhabilitación, las otras sanciones son penas alternativas a la prisión y sería conveniente denominárseles así. (Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl. "TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima – Perú, 1997, Pág. 615). Asimismo, para Villavicencio, las sanciones de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres no tienen nada que ver con la restricción o limitación de derechos (Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Luis Felipe. "CÓDIGO PENAL COMENTADO", 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2001, Pág. 163).



Independientemente de este problema formal, lo cierto es que la introducción de la pena de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, así como la ampliación de los alcances de la inhabilitación, responden a la necesidad de encontrar alternativas a la pena privativa de libertad. En este sentido, el legislador señala que " los elevados gastos que demandan la construcción y sostenimiento de un centro penitenciario, obligan a imaginar nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectiva". A esta ventaja de orden financiero, se agregan otras inherentes a su ejecución no carcelaria: mantenimiento del condenado en el sistema social (disminución de riesgos de pérdida de la socialización), utilidad de la prestación o actividad desarrolladas por el condenado (generación de beneficios sociales), disminución o neutralización de las condiciones generadoras del ilícito (prevención de acuerdo con la situación), concentración de esfuerzos en el tratamiento de los delincuentes llamados residuales (racionalización de objetivos).

Sin embargo, a efecto de no caer en un falso optimismo sobre la viabilidad práctica de las nuevas penas debe evaluarse con prudencia el argumento financiero de la exposición de motivos. Esta percepción puede resultar unilateral, simplista y, por ende, contraproducente en el mediano y largo plazo si es que no se examinan debidamente cuestiones tales como la de su costo real, la programación de su ejecución y sus efectos globales sobre el sistema penal.

En todo caso, y a fin de llevar a su exacta dimensión la importancia del criterio económico, tendrían que evaluarse factores tales como: número de sustituciones o conversiones de la pena privativa de libertad, duración de las penas sustituidas, tipo de establecimiento en el que tiene lugar la detención, número de procesos a que da lugar la revocación de la conversión, costos marginales de la detención, costos de gestión de las penas limitativas y de mantenimiento y ampliación de los establecimientos penitenciarios.

La regulación de las penas limitativas de derechos presenta algunos defectos de técnica legislativa que dificultan notablemente la aplicación de las nuevas penas. Así, en el art. 32, se establece que "las penas limitativas de derechos previstas en los dos primeros incisos (prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres) se aplican como autónomas cuando están específicamente señaladas para cada delito y también como substitutivas de la pena privativa de libertad cuando la sanción sustituida a criterio del juez no sea superior a tres años". Al diferenciarse entre penas autónomas y substitutivas, se amplía aparentemente su función.

De esta manera, el legislador se aleja del criterio asumido en el Código penal brasileño, que sirviera de fuente en este ámbito. El legislador brasileño trata ambas características como aspectos de la misma cuestión: las penas son autónomas porque son aplicadas independientemente, pero al mismo tiempo son

substitutivas de la pena privativa de libertad. Si nuestro legislador quería ir más allá de su homólogo brasileño, previendo específicamente estas penas en la parte especial, hubiera optado por evitar toda confusión terminológica prescindiendo de introducir clasificaciones dogmáticas en la ley y tratando estas modalidades de aplicación como disposiciones independientes.

Un segundo problema es el relativo a la función de estas penas dentro del sistema de sanciones. En este sentido, es de preguntarse si la función substitutiva prevista en el art. 33 es cualitativamente diferente de la función prevista en el art. 52 que regula el sistema de conversiones. En efecto, cabe pensar, *prima facie*, que estas penas pueden, por un lado, sustituir las penas privativas de libertad, de acuerdo con el art. 32 y, por otro lado, convertirlas de acuerdo al artículo 52.

En realidad, se trata de dos caras de la misma moneda. En el art. 33 sólo se fija el principio general de sustitución, en tanto que en el artículo 52 se precisan los criterios de conversión (llámese sustitución). La razón de esta dificultad interpretativa puede rastrearse desde los inicios del proceso de reforma penal. En el Proyecto 1984 (art. 66) se preveía ya la posibilidad de convertir la pena de prestación de trabajo en favor del Estado. Luego, en los proyectos de 1985 y 1986, se establecía únicamente los condiciones de conversión.

Recién en el Proyecto de 1989 se previó que las penas limitativas de derechos podían sustituir a la pena privativa

de libertad cuando sea inferior a los tres años (art. 36), pero manteniéndose el sistema de conversiones dentro de este límite. Ulteriormente, en el Proyecto de 1990, se estableció la versión definitiva (vigente en el Código penal de 1991). De la misma manera que en las penas restrictivas de libertad, en el Proyecto de enero de 1991 se introdujo una modificación de última hora: se mantuvo el tenor propuesto en el Proyecto anterior, pero se redujo únicamente, en la parte de las conversiones, el límite de tres años a un año.

Se llega así a la situación paradójica que, por un lado, estas penas puedan sustituir aparentemente penas privativas de libertad superiores a un año, sin mayores requisitos que el límite de la pena (establecida por el juzgador) y, por otro lado, se puedan convertir penas privativas de libertad con límites cuantitativa y cualitativamente más estrictos (penas no mayores de un año y de carácter conminado). Se trata finalmente, como señala Prado, de un lamentable error que debe ser corregido. Pero, a diferencia de lo que él parece dejar entrever, la fijación en un año del límite de conversiones del art. 52 no es en realidad un error de redacción, sino de política criminal al restringirse al máximo la aplicabilidad de estas penas como penas substitutivas.

Sin embargo, en lo que respecta a la doctrina, el tratamiento del que han sido objeto las penas limitativas de derechos forma parte del escaso interés que los

autores nacionales le confieren a las consecuencias jurídicas del delito.<sup>27</sup>

#### **2.1.6.6. Prestación de servicios a la comunidad.**

El legislador nacional no ha sido ajeno a la importancia que en la actualidad le reconocen el Derecho comparado y la política criminal al trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal, incorporándola en el texto punitivo de 1991 con la denominación de *prestación de servicios a la comunidad*.

En la doctrina penal existe gran inseguridad respecto de cuál es el derecho que resulta afectado por la sanción de prestación de servicios a la comunidad. No es posible identificar una posición que resulte claramente dominante. Incluso, existe un grupo de autores que prefieren no tocar el tema,<sup>28</sup> y algún autor que anota de manera expresa que no logra determinar cuál es el derecho cuyo ejercicio se está limitado.<sup>29</sup> Al respecto, estimamos que esta pena limita el derecho al disfrute del tiempo libre (art. 2, inc. 22 Const.), así como, el derecho a no prestar trabajo sin el libre consentimiento (art. 23 Const.), aunque se debe admitir la difícil elaboración de argumentos que legitimen la limitación de tales derechos constitucionales.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Cfr. FIGUEROA NAVARRO, Aldo. "LA INVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE PENAS EN EL CONTEXTO DE LA POLITIZACIÓN DEL DERECHO PENAL". En: Anuario de Derecho Penal, Lima – Perú, 1998, Pág. 289.

<sup>28</sup> Cfr. BRAMONT ARIAS / BRAMONT ARIAS TORRES. "CÓDIGO PENAL ANOTADO", 3ra. Edición, Editorial San Marcos, Lima – Perú, 2000, Págs. 236-237. NAVARRO ALTAUS, Martín. "EL SISTEMA DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO DE 1991". En: Anuario de Derecho Penal, Lima – Perú, 1999, Págs. 90-94. PEÑA CABRERA. Ob. Cit., Págs. 615-616. VILLAVICENCIO TERREROS. Ob. Cit., Págs. 166-167.

<sup>29</sup> Cfr. RENART GARCÍA, Felipe. "LA PENA DE TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA". En: Anuario de Derecho Penal, Lima – Perú, 1999, Pág. 184.

<sup>30</sup> Para Cid Moliné se requiere del consentimiento por parte del condenado (Cfr. CID MOLINÉ, José. "PENAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN". Editorial Bosch, Barcelona – España, 1997, Pág. 106).

Esta pena importa la prestación de trabajos gratuitos por parte del condenado en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras públicas. Según la Ley N° 27030 (“Ley de ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres”), el órgano jurisdiccional competente remite copia certificada de la sentencia consentida o ejecutoriada al INPE, indicando el domicilio del sentenciado; el sentenciado debe firmar un Acta de Compromiso con el INPE para el cumplimiento de la pena impuesta. Conocida la sentencia en un plazo máximo de diez días se dará cumplimiento a lo dispuesto por el Juez y de acuerdo a lo establecido en el Acta de Compromiso. En el caso que el sentenciado no asista injustificadamente a más de tres jornadas consecutivas, o a más de cuatro jornadas no consecutivas, se le revoca esta pena por la de pena privativa de libertad.

El trabajo en beneficio de la comunidad deberá cumplirse durante los días sábados y domingos, más el Director de Penas Limitativas de Derechos podrá autorizar al condenado para que cumpla con prestar los servicios durante los días útiles de la semana.<sup>31</sup> Sin embargo, entre los obstáculos que se pueden encontrar, lo complejo de la organización administrativa de su cumplimiento, ocupa un lugar trascendental. Tan es así que, incluso, en países calificados sin discusión de desarrollados se ha

---

<sup>31</sup> En su imposición como pena originaria, esta pena podrá extenderse de un mínimo de 10 hasta un máximo de 156 jornadas de servicios semanales, estando compuesto cada jornada semanal por diez horas de prestación de servicios. Las mismas razones que impiden que la jornada laboral ordinaria pueda exceder las ocho horas de trabajo, hacen que no se pueda obligar al sentenciado a cumplir jornadas diarias mayores de ocho horas. (Cfr. MAPELLI CAFERENA, Borja / TERRADILLOS BASOCO, Juan. “LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO”; 3ra. Edición, Editorial Civitas, Madrid – España, 1996, Pág. 178).

denunciado que su poca utilización tiene su origen en carencias organizativas.

#### **2.1.6.7. Limitación de días libres.**

Esta pena es una sanción que carece de antecedentes en el ordenamiento jurídico – penal nacional.<sup>32</sup> Su introducción en el Código Penal es fruto de la influencia de la reforma penal brasileña de 1983-1984, y no en la figura española del arresto de fin de semana, la cual es una modalidad de la pena privativa de libertad y se realiza en los días que marcan la culminación de la semana; en cambio, la limitación de días libres es una modalidad de la pena limitativas de derecho, y que se puede cumplir, excepcionalmente, en días diferentes a los de fin de semana (inclusive en los días feriados se puede ejecutar esta sanción).

La sanción limita el derecho que tienen las personas a disfrutar de su tiempo libre (art. 2, inc. 22, Const.); pues, de acuerdo con el art. 35 del C.P., el condenado tendrá que cumplir su pena ingresando en establecimientos organizados con fines educativos durante un total de horas semanales (no menos de diez ni más de dieciséis por cada semana) que deben ser repartidas entre los días sábados, domingos y feriados, precisamente los días que en principio se encuentran reservados para ser utilizados en actividades diferentes a las que le proporcionan los medios para subsistir o las propias de su educación.

---

<sup>32</sup> Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. “LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO EN EL PERÚ”, Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2000, Pág. 72.

Nuestro legislador ha configurado la duración de la pena de limitación de días libres en función de dos criterios. En primer término, en razón al número de fines de semana que se habrán de imponer en calidad de pena concreta. En segundo término, en razón al número de horas en total que se tendrá que cumplir cada semana. La determinación de los horarios de ejecución semanal, la indicación del lugar en que se habrá de cumplir la sanción, la evaluación y precisión del tipo de orientaciones a impartirle al condenado, del mismo modo que la supervisión y control de la ejecución de la pena le corresponden a la Dirección de Penas Limitativas de Derechos de las Direcciones Regionales del INPE, cuyos funcionarios deberán sujetar su actuación a lo dispuesto en la Ley N° 27030 y el D.S. N° 005-2000-JUS (Reglamento de la Ley de ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres).

#### **2.1.6.8. Inhabilitación.**

El Código de 1991 presenta algunas modificaciones relevantes en el ámbito de la pena de inhabilitación. Por ejemplo, se suprime ciertos supuestos de inhabilitación previstos en el Código derogado como el de la pérdida de la pensión, montepío, y otros ingresos. De esta manera se deja a la legislación administrativa la regulación de las consecuencias derivadas de la comisión de un delito en conexión con estas ventajas de orden pecuniario. Así mismo, es de considerar que el comiso puede funcionar mejor, en el ámbito penal, para regular este tipo de situaciones de obtención ilícita de ganancias.



Dentro de la concepción tendiente a limitar las penas perpetuas y, por tanto, desproporcionadas, el legislador de 1991 sólo consideró penas de inhabilitación temporales. La inhabilitación perpetua y absoluta equivale a la muerte civil del condenado.

Pero frente a la supresión de los supuestos mencionados, se agregó al Código de 1991 otras modalidades de inhabilitación. Acorde con la creación o el aumento de las fuentes de peligro en la vida social, el legislador introdujo, en el art. 36, la suspensión o cancelación del porte o uso de armas de fuego o de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículos. Del mismo modo, dejando de lado el tratamiento de la interdicción civil en el ámbito penal, le dio el carácter de pena a la declaración de incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.

Es difícil, sin embargo, encontrar un denominador común a los ocho casos de inhabilitación del Código vigente. Desde la perspectiva de los fines de la pena resulta complejo conciliar cada modalidad de la inhabilitación con los diversos objetivos previstos en el Código. No puede, por ejemplo, sostenerse que mediante la ejecución de las modalidades de inhabilitación se persiguen objetivos de prevención especial positiva. Su aplicación no tiene más efecto que la limitación, suspensión o privación de un derecho y no la resocialización, en sentido amplio, del inhabilitado.

Tampoco existe una finalidad retributiva en la aplicación de la inhabilitación como pena accesorio. Pues su duración está sujeta a la de la pena principal. La constatación de una de las circunstancias del art. 39, justificantes de la imposición de una pena de inhabilitación a título accesorio (por ejemplo, abuso de autoridad, de profesión, oficio, o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, patria potestad), constituye un requisito adicional al momento de individualizar la pena, pero que está determinada por los límites mínimo y máximo de la pena principal.

Habría que preguntarse entonces si la existencia de penas accesorias, como en el presente caso, son aún válidas en la política criminal moderna y si son compatibles con la aceptación de una pena con diversas funciones. No pueden cumplir una función preventiva general si están refundidas en la aplicación de la pena principal y, por ende, son poco notables. Tampoco cabe aplicarlas con posterioridad al cumplimiento de la pena principal pues de lo contrario serían penas acumuladas.

Lo cierto es que en la imposición de las penas de inhabilitación la finalidad básica es la protección de la sociedad, reduciendo o suprimiendo los riesgos derivados del goce o ejercicio del derecho afectado. Esta función protectora de la pena se pone en evidencia, por ejemplo, en la suspensión o cancelación de la autorización de portar o hacer uso de armas de fuego o de conducir vehículos. La inhabilitación se inscribe pues dentro de la concepción de la denominada prevención de acuerdo con

la situación (reducción o supresión de las ocasiones de comisión de nuevos ilícitos penales).

Una rápida revisión de las modalidades particulares de inhabilitación previstas en el art. 36 del Código penal nos permite hacer las siguientes consideraciones: La privación de función, cargo o comisión (inc. 1), retomada ad integrum del Código derogado sólo tiene por destinatario el funcionario o servidor público o una persona que sin ostentar tal calidad se desempeña en un puesto público. La pérdida de la función, cargo o comisión implica la privación tanto del goce como del ejercicio de éstos. A diferencia de otras legislaciones, como la española, en el Código vigente no se considera como un supuesto distinto y autónomo la suspensión de empleo o cargo público (art. 43 CPE). Este último es considerado, en la legislación española, como un supuesto diferenciado de la inhabilitación especial. Siendo una inhabilitación específica, el juzgador debe señalar clara y expresamente la función, el cargo, o la comisión que es objeto de la inhabilitación.

Con relación a la incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia (inc. 4), sólo debemos relevar el tratamiento uniforme de esta incapacidad durante la reforma: el juzgador debe precisar el tipo de profesión, comercio, arte o industria, objeto de la inhabilitación. Ha de establecerse un nexo de determinación entre la violación del deber de profesión, comercio, arte o industria y la consecuencia jurídico penal.

De otro modo, la sanción será desproporcionada, criminógena (condena al hambre) e impropia en su finalidad de aseguramiento.

Es indudable la pertinencia y la conveniencia político criminal de la suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo (inc. 7). Lo mismo podemos señalar de su aplicación, como pena accesoria, en el caso de los delitos culposos de tránsito (art. 40). Sin embargo, debemos formular tres observaciones. Primero, el legislador ha creado una categoría de delitos que ha decidido llamar "delitos de tránsito." ¿En aras del respeto al principio de legalidad no hubiera sido más propio adoptar un criterio taxativo designando los tipos legales que caen bajo esta noción? Segundo, como en el inciso anterior, el legislador prohíbe lo menos pero permite lo más: sanciona con una pena adicional las conductas culposas, pero deja de lado las conductas dolosas que tengan como instrumento delictivo un vehículo. Piénsese por ejemplo en un delito de omisión de prestar auxilios necesarios (art. 127 CP), de huida después de haber herido o incapacitado a una persona (art. 126 CP), o simplemente el hurto de uso de un vehículo (art. 187 CP). La fórmula adoptada en el Anteproyecto de la parte general del Código penal suizo es, en todo caso, más adecuada. Tercero, el legislador se queda corto previendo únicamente la suspensión o cancelación de las autorizaciones ya concedidas. Le hubiera dado un mayor alcance preventivo a esta modalidad de inhabilitación si contemplaba también la incapacidad para obtener la autorización.

#### **2.1.6.9. La pena de multa.**

En la Memoria explicativa de nuestro actual Código se indicaba que se tomaba como punto de partida el llamado "modelo escandinavo", utilizado en la medida de lo posible como sustitutivo de las penas privativas de libertad de corta duración. Con arreglo a dicho modelo, la pena de multa señalada para los correspondientes delitos no consistirá en una "suma" dineraria con un mínimo y un máximo fijos, sino en "días-multa" (meses o años-multa, en su caso), a los que se refiere como multiplicador una determinada suma. De esta manera, se establece un cierto paralelismo con las penas privativas de libertad, puesto que la individualización de la nueva pena de multa ante el caso concreto se realizará en dos fases. En un primer momento los tribunales fijarán, dentro de los límites señalados por la ley para el respectivo delito, la extensión en que imponen la multa, de acuerdo con las reglas generales de aplicación de las penas, como si se tratase de una pena privativa de libertad. En un segundo momento, y una vez fijada la extensión, los tribunales determinarán la cuantía dineraria de cada día-multa, entre el mínimo y máximo legalmente señalado al efecto, atendiendo exclusivamente a la situación económica del autor, de tal suerte que la multiplicación del número de días por el importe fijado para cada día representará la cuantía de la pena pecuniaria en el caso concreto.<sup>33</sup>

Vaya por delante la importancia que cabe otorgar a este aspecto en la configuración del moderno sistema de los

---

<sup>33</sup> Cfr. ROLDÁN BARBERO, H. "EL DINERO, OBJETO FUNDAMENTAL DE LA SANCIÓN PENAL", Editorial Tecnos, Madrid – España, 1983, Págs. 75 y sgts.

días-multa. Tanto es así que en la doctrina alemana ha podido llegar a afirmarse que en el seno de este sistema el modo en que pueden pagarse las cuotas constituye una tercera fase que se viene a añadir a las dos fases consabidas.

Hay que entender que, al propio tiempo, el legislador está facultando al órgano judicial para fijar en la sentencia, a su prudente arbitrio, las condiciones de pago que considere más adecuadas a las circunstancias que rodeen al condenado. Así las cosas, parece que no deberá existir inconveniente alguno para que, v. gr., el tribunal autorice al condenado a satisfacer la suma impuesta en plazos, con la periodicidad y la manera que estime conveniente, incluyendo, por supuesto, la posibilidad de que el reo acumule dicho pago cuando venga establecido en días o efectúe pagos alternos o cuotas desiguales a la vista de las concretas circunstancias que concurren en el penado.

Algunas de las ventajas mencionadas pueden quedar relativizadas debido a una utilización inadecuada de esta clase de pena, como la que en algunos casos ha llevado a cabo el legislador peruano de 1991. En efecto, en el C.P es frecuente comprobar cómo la pena pecuniaria de los días-multa se impone de forma conjunta con la pena privativa de libertad. Frente a ello cabe objetar que se trata de una decisión que presenta notables inconvenientes, entre los que descuella el sencillo argumento de que el cumplimiento de la pena de prisión puede imposibilitar ya la adecuada ejecución de la pena pecuniaria. En los supuestos en que no quepa hablar de criminalidad grave

(en casos de gravedad debería bastar con pena privativa de libertad) parece que la regla general debería ser la previsión de la pena de días-multa con carácter *alternativo* a la pena privativa de libertad, como ocurre en otros Códigos v. gr. el alemán.

## **2.2. Teoría del razonamiento judicial.**

En *Thinking like a Lawyer*<sup>34</sup>, Kenneth Vandervelde sostiene que toda controversia legal implica un conflicto entre dos políticas<sup>35</sup> opuestas, en el cual, el reconocimiento de una implica el desconocimiento de la otra. Según el autor, dichos conflictos de libertad de expresión vs. derecho a la privacidad- están en la estructura del sistema y eso significa que, por definición, todo sistema legal encierra una contradicción consistente en la convivencia de principios opuestos, aunque igualmente valiosos. Y dicha oposición es perpetua, es decir, nunca se resuelve.

A partir de la existencia de tal contradicción, el trabajo del abogado consiste en “resumir” un sistema en el cual algunas reglas apuntan a una política y otras a la contraria. Por eso, un abogado capaz de identificar las políticas y principios involucrados en una controversia y de combinarlos correctamente, podrá construir fácilmente, los argumentos de una y otra parte y tendrá por ello, las mejores posibilidades de ganar.

Para el citado autor existen 3 dilemas esenciales:

- individuo- sociedad, que se centra en las reglas de la convivencia humana.

---

<sup>34</sup> VANDERVELDE, J. KENNETH; *Thinking like a lawyer, An Introduction to Legal Reasoning*; Serie New Perspectives of law, culture and society; Westview Press; 1996.

<sup>35</sup> VANDERVELDE utiliza la expresión policy. El Blacks Law Dictionary (séptima edición reducida) define dicho término como la orientación de un gobierno en el manejo de los asuntos públicos.

- *jusnaturalismo*- positivismo, que se centra en la problemática de la definición del Derecho; y
- formalismo-instrumentalismo, que se centra en la adjudicación de derechos.

### **2.2.1. El dilema entre individuo y sociedad.**

Este dilema es esencialmente político y concierne a las reglas de la convivencia humana. Se manifiesta en cuatro conflictos valorativos específicos: (i) mayoría vs. individuo; (ii) paternalismo vs. Autonomía; (iii) eficiencia vs. justicia; y (iv) utilitarismo vs. justicia individual.

El primer conflicto plantea la disyuntiva de si las decisiones valen por el solo hecho de haber sido tomadas por mayoría o si éstas pueden ser cuestionadas atendiendo a su contenido, considerándose inaceptables decisiones absurdas, irracionales o inmorales. Así por ejemplo, la "ley de fichaje", es una medida aparentemente querida por la mayoría de norteamericanos, aunque se considera que se trata de una norma discriminatoria que atenta contra el derecho de libre tránsito.

Y el dilema nunca se resuelve porque, así como una política mayoritaria llevada al extremo justificaría medidas tales como el genocidio o la confiscación de bienes por razones de raza, una política individualista llevada al extremo, llevaría a resultados también inaceptables pues, como señala *Vandervelde*, decisiones tales como tocar trombón a las 3 a.m., trabajar en condiciones inhumanas, debieran ser aceptables por ser expresiones de la autonomía de la voluntad. Y eso no es así.



Pero lo cierto es que, de la misma manera que en el dilema mayoría vs. individuo, este dilema no llega a resolverse porque, si las políticas se llevan al extremo, ninguna de ellas resultará satisfactoria. Así, si el alcalde de Miraflores decidiera amurallar todo el litoral miraflorentino, a fin de extender su –para él- loable intervención paternalista de instalar unos horribles pilotes recubiertos de fibra de vidrio en el puente Villena, a fin de “ponerle freno al suicidio”, la protesta no se haría esperar pues su paternalismo sería extremo y ese mismo hecho abriría paso a una política más tolerante con el suicidio, en consideración a que serían pocos los suicidas “beneficiados” con tal medida, frente al perjuicio a toda la población, consistente en ser privada por completo de gozar del paisaje del litoral miraflorentino.

Pero, en el extremo opuesto, una política de total autonomía referida a la libertad de suicidarse, tampoco resulta aceptable pues, en nuestro ejemplo, la ayuda a cometer suicidio debiera estar permitida, ya que se trata de una decisión autónoma y libremente aceptada por el suicida y eso es discutible. Por eso y de la misma manera que en el conflicto mayoría individuo el conflicto paternalismo-autonomía es permanente y, por lo mismo, irresoluble.

Imaginemos ahora que el Estado opta por favorecer una política paternalista y decide intervenir en las decisiones de los particulares. El dilema reaparecería, porque habría que determinar si el objetivo del Estado al intervenir es la búsqueda de eficiencia social o la realización de la justicia individual.

¿Y qué pasaría si el Estado decide priorizar lo justo sobre lo eficiente? También aquí aparecería el dilema, pues habría que determinar el significado de justicia: ¿es justo aquello que haga feliz al mayor número de personas, independientemente de los efectos

que la decisión tenga sobre un individuo en particular o existen ciertos derechos "intocables", que el Estado no puede abolir ni permitir su vulneración, aunque eso haga más feliz a la mayoría? Para la primera política –el utilitarismo- los jueces están obligados a decidir bajo el criterio de “lo socialmente más conveniente” y solo podrán optar por beneficiar al particular, si con ello benefician a la sociedad en general, mientras que para la segunda -el individualismo- el bienestar social interesa solo en la medida en que el particular se beneficie.

Derivan del utilitarismo: la tolerancia de la ley a la actividad de ciertos agentes de riesgo, la aplicación del criterio objetivo de responsabilidad, o la utilización del “criterio *per se*” de calificación de infracciones contra el mercado<sup>36</sup>. Derivan del individualismo, en cambio, el “criterio de la razón”<sup>37</sup> en relación a las infracciones contra el mercado y las garantías a los derechos individuales, como son el debido proceso, la prohibición de tribunales sin rostro o la imposición de límites a la carcelería sin juicio, aun cuando, la libertad de individuos socialmente peligrosos, haga la infelicidad de la mayoría de personas, como estuvo a punto de ocurrir hace pocos meses, cuando un juez cambió la orden de detención por la de comparecencia al conocido delincuente alias *Momón*, por haber vencido el plazo de carcelería sin haberse iniciado el juicio.

Pero, aún si el Estado optara por proteger los derechos individuales sobre la felicidad de la mayoría, el conflicto reaparecería pues, como señala *Vandervelde*, habría que definir el concepto “derechos

---

<sup>36</sup> El criterio *per se* consiste en sancionar una conducta sólo por el hecho de haberse producido, sin que interesen sus efectos actuales o potenciales.

<sup>37</sup> El criterio de la razón consiste en calificar la ilegalidad de una práctica, según los efectos concretos que ésta podría tener.

individuales". Y eso es muy difícil, pues no se sabría si, por ejemplo, el músico del piso de arriba tiene derecho a tocar trombón a altas horas de la madrugada o si el derecho es, más bien, del vecino a descansar, como tampoco quedaría claro si el derecho a la libre expresión es absoluto o si existen limitaciones fundadas en el derecho a la imagen o a la privacidad. No se sabe, pues, con certeza, hasta donde es permisible actuar sin considerar la afectación a terceros y en qué momento corresponde inhibirse. El conocido adagio de que "nuestro derecho termina donde comienza el derecho de los demás", no es, pues, tan sencillo, como tampoco lo es deslindar el ejercicio del derecho de su abuso. Y si la opción fuera, al contrario, priorizar la felicidad de la mayoría, tampoco sería posible definir con precisión el concepto de "la mayor felicidad para el mayor número de personas" pues, en el ejemplo de *Vandervelde*, en el caso del despido de los trabajadores de una fábrica situada en una pequeña localidad, clausurada por la Municipalidad por contaminar el medio ambiente, el remedio podría ser peor que la enfermedad, si es que dichos trabajadores son la mayoría de los habitantes del pueblo<sup>38</sup>.

### **2.2.2. El dilema entre jusnaturalismo y positivismo.**

Para *Vandervelde*, esta tensión se produce en relación a las dos posibles fuentes del Derecho: el Derecho Natural (*jusnaturalismo*), por un lado y la voluntad soberana, por el otro. Como se sabe, para los *jus naturalistas*, la ley humana que contraviene el Derecho Natural, no es una verdadera ley, mientras que para los positivistas, la única fuente de la ley es la voluntad soberana. Este conflicto

---

<sup>38</sup> Algo parecido ocurrió en el famoso caso Lucchetti donde más o menos 200 trabajadores, la mayoría de ellos residentes en la localidad de Villa, fueron despedidos al haber sido clausurada la fábrica, mediante una discutible resolución municipal basada en la contaminación del medio ambiente.

tampoco se resuelve pues, en uno de sus extremos se encuentran las leyes injustas que, aunque formalmente expedidas, son inmorales o irracionales. Y en el otro extremo se considerarían aceptables las decisiones de la autoridad basadas en criterios justos, aunque extra-legales, es por ello que ninguno de los extremos es aceptable y, como ha sido históricamente demostrado, el positivismo no es capaz de desplazar completamente al *jusnaturalismo* ya que no es posible concebir una sociedad que no aspire a la justicia. Y, a la vez, el *jusnaturalismo* no es capaz de desplazar totalmente al positivismo, pues un Derecho no escrito, introduciría en el sistema legal un grado tal de discrecionalidad e indeterminación, que llevaría al caos y haría imposible la convivencia. Al igual que en el caso anterior, pues, no queda más que coexistir en la contradicción.

Para *Vandervelde*, este conflicto se refiere al proceso de adjudicación de derechos donde formalismo e instrumentalismo se oponen diametralmente. Para los formalistas, la adjudicación de un derecho deriva de la aplicación mecánica de la ley a partir de un proceso de deducción -el silogismo jurídico- que va de lo general (la norma) a lo particular (su aplicación al caso). Para los instrumentalistas, en cambio, la adjudicación es un proceso inductivo, donde la norma se aplica a partir de la evaluación de las políticas que la inspiran.

El ejemplo clásico de este dilema, es el del conductor que se pasa la luz roja un día domingo en horas de poquísimo tránsito, sin provocar un accidente. Una posición formalista consideraría producida la falta por el solo hecho de no haberse respetado la señal y, en consideración a ello, aplicaría la sanción con el mismo rigor que emplearía en cualquier otro caso. Una posición instrumentalista, en cambio, sería flexible con la sanción pues tendría en cuenta que la

infracción cometida no ocasionó un accidente, que era domingo y que se trataba de una hora de poca afluencia de automóviles, donde las reglas de tránsito suelen relajarse.

En esos casos, jueces, tribunales u órganos estatales formalistas, tenderán a rechazar de plano documentos entregados extemporáneamente y se negarán a aceptarlos si carecen de algún requisito formal, por mínimo que éste sea, mientras que jueces, tribunales u órganos administrativos instrumentalistas tenderán a pasar por alto esas faltas e irán directamente al fondo, estableciendo fórmulas y criterios para sustentar su actuación.

Los formalistas resaltan el valor de una política semejante para la economía de mercado, pues –señalan- facilita la celebración de contratos, simplifica su aplicación forzosa por los jueces y desestimula la interposición de demandas o reclamaciones frívolas, pues es posible predecir que éstas no prosperarán. Para los instrumentalistas, en cambio, toda norma jurídica debe interpretarse a partir de la política que la sustenta (*la ratio legis*) y, entonces, si su texto es limitado o restrictivo, éste debe ser entendido en su sentido más amplio, de manera que pueda incluir la política subyacente. Y si bien los instrumentalistas reconocen que no pueden aspirar a la uniformidad consideran que, al fin y al cabo, se trata de, tan solo una ilusión, porque en el plano normativo (supuestamente más concreto) tampoco se puede evitar la indeterminación. Es más, si de eso se trata, es el formalismo el que produce la indeterminación, pues, a mayor generalidad de la norma mayor indeterminación, por lo que señalan no queda sino concluir que la uniformidad y la predecibilidad absolutas son imposibles de alcanzar. Además los estándares flexibles permiten hacer justicia, porque las normas son siempre incompletas, es decir, demasiado “anchas” o demasiado “angostas”,

cosa que no puede ser de otra manera porque en el momento de su redacción, era imposible prever todas las hipótesis a ser cubiertas por la misma.<sup>39</sup>

Pero los formalistas vuelven a la carga, “enrostrando” a los instrumentistas que una posición que permite al intérprete apartarse de la letra, da pie a que los jueces fallen en función a sus deseos y preferencias y no en virtud del mandato de la ley, lo cual produce impredecibilidad, genera incentivos para litigar y aumentan así los costos de transacción. Y en cuanto a la objeción referida a lo indeterminado e impreciso de la regla general, eso no les preocupa, pues siempre será posible expedir reglas excepcionales, que, si son claras, contribuirán a la predecibilidad del sistema. A lo que responden los instrumentalistas que la proliferación de excepción es a la regla general, harán de la regla misma, una indeterminable.

Desde otro punto de vista, el formalismo ha sido acusado de ser artificial y superficial. Se le considera artificial porque es posible que la norma sea cumplida sin que con ello se cumpla la política subyacente. Y se le considera superficial porque la abstracción de la norma puede ser de tal grado, que termina divorciada de la realidad, llevando a aplicaciones absurdas, injustas o sin sentido. Abundan los ejemplos de situaciones donde existe libertad formal y no real e igualdad formal y no real, siendo típico el caso de los contratos por adhesión -seguros, transporte o prestación de servicios públicos-, donde una parte impone su voluntad a la otra, lo que fuerza al Estado a participar mediante la regulación de dichas actividades y/o la creación de criterios de interpretación favorables a la parte más débil

---

<sup>39</sup> Debe señalarse, sin embargo, que la utilización de buenas técnicas de redacción legal es muy útil a efectos de la perdurabilidad de la norma.

de la relación, es decir, al cliente o consumidor. Pero el instrumentalismo tampoco se libra de crítica y ha sido calificado de método político y no jurídico, porque, en el fondo, permite incorporar las preferencias del juzgador, creando impredecibilidad e inseguridad. Y así se suceden las objeciones y las contra-objeciones, sin que el dilema pueda ser resuelto.

El dilema entre formalismo e instrumentalismo no puede ser resuelto porque llevado el formalismo al extremo, éste enfrentará el problema de la rigidez de las normas mientras que, llevado el instrumentalismo al extremo, éste enfrentará el problema de impredecibilidad, desorden e injusticia.

### **2.2.3. El dilema entre formalismo-instrumentalismo en la interpretación de la ley.**

Señala Vandervelde que el formalismo está identificado con la interpretación literal y el instrumentalismo tiende a incorporar a la interpretación la razón de ser de la norma, considerando que es normal y lícito trascender la letra de la ley, si con eso se alcanza una solución más justa o más lógica.

Para los defensores del literalismo, lo único que existe es el texto y toda referencia a la “intención del legislador”. Pero, para los defensores del instrumentalismo, las palabras utilizadas por la norma son normalmente indeterminadas o poco claras y, por tanto, para llenar los vacíos de la ley es inevitable recurrir, siquiera mínimamente, a las políticas subyacentes.

Consideran también los instrumentalistas que si bien el método literal limita el rango de posibilidades interpretativas, no permite decidir cuál de todas es la mejor o la más conveniente, con lo cual se convierte

en una teoría de interpretación incompleta. Más si se optara por el instrumentalismo, se presentaría el problema de tener que determinar el significado de la “intención del legislador”.

#### **2.2.4. Relación de las políticas en el plano teórico.**

Para entender las paradojas del sistema legal, conviene resumir los dilemas: el primero de ellos se plantea en términos de filosofía política y consiste en la oposición entre la comunidad y el individuo. El segundo se plantea en términos metafísicos y consiste en la oposición entre jusnaturalismo y positivismo donde el jusnaturalismo postula que las leyes tienen existencia ontológica y que el Derecho es un fenómeno verdadero e igual en todas las sociedades, mientras que el positivismo, considera que el Derecho es una simple creación humana y que, lejos de ser universal, responde a una sociedad determinada en un momento determinado.

Finalmente, el conflicto entre formalismo e instrumentalismo, deriva del conflicto filosófico más general entre el racionalismo y el empirismo y se refiere al sustento de la adjudicación de derechos: para el formalismo o racionalismo, éstos se adjudican mediante un proceso de deducción que va de lo general a lo particular mientras que para el instrumentalismo-empiricismo, lo importante es la experiencia y, entonces, éstos deben ser decididos de manera individual, es decir, caso por caso. Vandervelde considera que los dilemas jurídicos no son sino una representación de problemas filosófico-políticos, metafísicos y epistemológicos más generales, cuyos dos extremos son, en definitiva, lo universal y lo particular.

En otro ámbito la paradoja también se presenta, pues el jusnaturalismo extremo, al postular la existencia de una ley inmutable y eterna, impide la evolución y frena el desarrollo, mientras que el



positivismo extremo, si bien permite el cambio, no puede impedir la expedición de leyes arbitrarias o caprichosas. Finalmente, en el ámbito epistemológico, la paradoja reaparece, pues una ley llevada a su mayor extremo de generalidad resulta inaplicable, mientras que una ley llevada a un nivel extremo de particularidad hace también imposible su aplicación pues, en realidad, la casuística es variable, tanto que las personas con experiencia forense, suelen comentar que no existen dos casos idénticos. Por eso, la paradoja es abordada y resuelta como una verdadera transacción entre dos políticas opuestas, donde las normas pueden ser de uno u otro signo y los jueces pueden aplicar, en ciertos casos políticas universalistas y en otros, políticas particularistas. Eso es inevitable y ocurre en relación a todas las leyes y a todos los cuerpos legales.

## **2.3. Teoría del proceso penal.**

### **2.3.1. Los sistemas procesales.**

Es consustancial a todo sistema procesal moderno la existencia de dos partes que mantienen posiciones contrapuestas. El ejercicio de una acusación contra una persona debe ser puesta en su conocimiento para que actúe su defensa y lleve al debate judicial la contradicción necesaria para la resolución del proceso. El proceso penal sirve de marco en el que indagar la realidad del hecho punible y, en la medida que resulte acreditado, imponer la sanción prevista en la norma penal.

Esa investigación del hecho punible no constituye un fin en si mismo, sino que la búsqueda de la verdad histórica ha de obtenerse de acuerdo a un procedimiento previamente marcado en la Ley que discipline la actividad procesal de las partes del procedimiento y configure al Juez como un tercero imparcial en la discusión que le es planteada desde la acusación.

La situación conflictiva, que todo proceso jurisdiccional comporta, se vertebra entre el investigado -determinado o no- en la instrucción criminal, o el acusado en la fase del juzgamiento, y el titular del ius-persecutionis oficial, el Estado, cuya posición procesal puede ser acompañada de otras personas que ejercitan, en sus respectivos casos, la acusación particular o la popular.

Esta estructura del proceso penal nos permite fijar la situación del Juez en el mismo. En la fase de investigación del hecho punible (instrucción) y en la posterior de enjuiciamiento (fase de plenario o juicio oral), el Juez o Tribunal debe ocupar una posición imparcial que le permita, desde esa independencia, la resolución de los conflictos latentes en el proceso penal. Pilar básico de esta construcción es el principio acusatorio a cuyo estudio se dedica este trabajo. En él se verá la profunda divergencia entre la concepción que del mismo tienen la doctrina procesal y la jurisprudencia, discrepancia forzada por la distinta función que, respectivamente, cumplen. En tanto la doctrina investiga y elabora instituciones procesales, la jurisprudencia resuelve los casos concretos que le son planteados y, en esa función, estudia las instituciones procesales y las conforma para dictar una resolución que contemple todos los derechos procesales en juego.

Teniendo en cuenta que puede denominarse Derecho como aquel fenómeno cultural y humano que se inscribe en el mundo de la convivencia social y que al ser abordado desde una perspectiva problemática, se emergen y se descubren las raíces ideológicas profundas que nutren a todas las cuestiones jurídicas, desde nuestra óptica es innegable que el Derecho sólo adquiere su real y definitivo

sentido, únicamente cuando es idóneo – o tiende decididamente a serlo – para mejorar la calidad de vida de la humanidad.<sup>40</sup>

Nos adscribimos a la idea que sostiene la necesidad de la aplicación, en el ámbito procesal, de una teoría general en orden a lograr la satisfacción de los fines del proceso. En esa línea de pensamiento encontramos, por ejemplo, a la Escuela Cordobesa de Argentina (entre los que se cuentan juristas de la talla de Clariá Olmedo y Cafferata Nores), quienes defienden la teoría general del proceso que comprende el procedimiento penal.

Adolfo Alvarado Velloso: "... defiende la necesidad de que el proceso sea uno, independientemente de las pretensiones que se ventilan en él. Mejor dicho entiende que cuando la pretensión esgrimida modifica los elementos estructurales nos encontramos frente a un procedimiento pero no ante un proceso, que el que como juicio previo a cualquier condena exige la Constitución".<sup>41</sup>

Es imprescindible considerar que el proceso tiene esencia única, y por lo tanto, sus elementos estructurales (acción, jurisdicción, defensa) y los principios que lo rigen, deben estudiarse organizadamente, sin perjuicio de que en los distintos procedimientos adquieren características propias, las que no deben modificar su naturaleza o esencia si queremos seguir hablando de proceso. Ello encuentra fundamento en el fin y sentido del juicio, que no está (o no debe estar) al mero servicio de la aplicación del Derecho sustantivo, sino que es uno de los métodos civilizados y pacíficos para dirimir

---

<sup>40</sup> Cfr. SUPERTI, Héctor. "DERECHO PROCESAL PENAL (TEMAS CONFLICTIVOS)", Editorial Juris, Rosario – Argentina, 1998, Pág. 06.

<sup>41</sup> Cfr. ALVARADO VELLOSO, Alfredo. "INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL", Tomo I, Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe – Argentina, 1989, Págs. 45 y sgts.

conflictos, más allá de las normas que capten esos conflictos (civiles, penales, laborales, etc.).<sup>42</sup>

En este punto, memoramos que: "El Derecho procesal penal es la rama del ordenamiento jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad penal, regulando así el comportamiento de quienes intervienen en él".<sup>43</sup>

Es decir, que el Derecho procesal penal disciplina la conducta de determinadas personas que intervienen en un procedimiento (el titular de la jurisdicción, las partes, testigos, peritos, etc.) y que el objeto del proceso está constituido, para algunos por la pretensión acusadora y para otros, en cambio, está conformado por la materia, acontecimiento o cosa.

Por otro lado, a través del proceso penal, el Estado ejercita el ius puniendi que se satisface positivamente mediante la imposición de una pena al perturbador del orden jurídico, y negativamente por medio de la absolución del inocente. La realización de ese ius puniendi o derecho a restablecer el orden jurídico conculcado con la acción protagonizada por el culpable, no se asienta en el Ministerio Público, ni en el querellante, sino en el órgano jurisdiccional

---

<sup>42</sup> El perder este rumbo ha traído grandes problemas a los sistemas procesales, en muchos de los cuales (fundamentalmente a partir de la etapa inquisitiva) el proceso dejó de ser el marco garantizador donde el imputado y el Estado se enfrentaban en torno a la pretensión punitiva esgrimida por éste contra aquél, para convertirse en un instrumento más del poder represivo estatal, avasallante de los más esenciales derechos individuales.

<sup>43</sup> Cfr. MAIER, Julio. "DERECHO PROCESAL PENAL: FUNDAMENTOS", Tomo I, 2 da. edición, Editorial Del Puerto, Buenos Aires – Argentina, 1996, Pág. 75. En el mismo lugar sostiene el autor: "penas y medidas son las reacciones tradicionales del Derecho penal que llegan hasta nosotros. Hoy se discute, sin embargo, acerca de una tercera vía, identificada con la reparación como sustitutorio genérico de la pena".

competente. Por ello es que los aludidos sujetos procesales solamente tienen la titularidad del derecho a la realización de justicia, mediante el ejercicio del ius puniendi que ostenta con carácter exclusivo el tribunal. Para la visión trialista del mundo jurídico – aunque con matices – aparecen en el análisis metodológico de todo fenómeno jurídico tres elementos esenciales de estructura: realidad, norma y valor.<sup>44</sup> Por ello se afirma con razón que el Derecho tiene como finalidad la realización de los valores y, por tanto, que el fin de la norma procesal penal, en su perspectiva trascendente, en tanto dicha norma disciplina y regula el proceso penal en su totalidad, es la realización del valor justicia.<sup>45</sup>

Por lo que venimos diciendo, reiteramos que el estudio del proceso penal no debe obviar el marco de mayor amplitud y relevancia, constituido por la normativa constitucional, que brinda sustento y tiña de contenido al mismo y, debe estar presente a la hora de interpretar y aplicar la ley. En efecto, la Constitución, refiere a distintos principios vinculados al proceso en general y al penal en particular, a los que haremos alusión infra. Todo estudio referido al análisis de instituciones jurídicas debe referirse, aunque más no sea someramente al abordaje de la cuestión cultural y política que subyace en las mismas, con más razón, ello se justifica cuando lo tratado se enmarca en el Derecho procesal penal, dado que, por su naturaleza, ésta tiene injerencia en la persona humana y sus derechos esenciales. Es que los sistemas de enjuiciamiento penal, obviamente, no han sido ajenos a la evolución histórica de la civilización dado el carácter de objeto cultural que reviste el Derecho.

---

<sup>44</sup> Cfr. BERTOLINO, Pedro. "EL FUNCIONAMIENTO DEL DERECHO PROCESAL PENAL", Editorial Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1985, Pág. 18.

<sup>45</sup> El proceso penal aunque sea una consecuencia de la civilización y de la especulación filosófica, es un fenómeno del mundo del Derecho. El origen del proceso penal no está en la necesidad de la defensa social, sino en la necesidad de la defensa del Derecho.

Entendemos que lo central, lo medular e insoslayable en este tema es preservar a ultranza en el proceso penal un debate civilizado en un marco de garantías, y ese imperativo constitucional y ético nunca podría alcanzarse si el juicio no se desarrolla, en esencia y no sólo formalmente, como es debido; esto es, íntegra, armónica y completamente, donde cada parte cumpla amplia y acabadamente su rol y el tribunal se circunscriba a su misión, cual es resolver el litigio en función de las argumentaciones, pruebas y pretensiones de las partes. A continuación, pasaremos revista a los distintos tipos o sistemas procesales penales, a fin de contrastar nuestra afirmación con estos modelos y su relación con el actual proceso penal peruano.

#### **2.3.1.1. El Sistema Acusatorio.**

Esta forma de enjuiciamiento penal rigió durante todo el mundo antiguo. La característica fundamental del sistema acusatorio reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso.

El sistema acusatorio ha presentado diversas manifestaciones a lo largo de la historia. Este sistema se desarrolló en Grecia y Roma bajo la *Elien* de los atenienses; el *Comitiatus maximus*, de los romanos y luego las *Questiones perpetuae*.

La justicia helénica respondió a los principios de colegiabilidad y especialidad. Los tribunales eran pluripersonales y con un número elevado de sus miembros, siendo el *Heliástico* conformado por seis mil ciudadanos, se reunían en la plaza pública, al sol (Helius); los ciudadanos formaban grupos de diez secciones que

actuaban separadamente o en conjunto, según la importancia de los asuntos a resolver. La *Asamblea del Pueblo* se ocupaba de los asuntos políticos que ponían en peligro al Estado; se reunían a la convocatoria de un funcionario llamado *Arconte*, cuya actuación no se sujetaba a formalidades fijas sino seguía el camino más adecuado para la averiguación y juicio del asunto. El *Areopago* estaba formado por ciudadanos que se hubieren desempeñado antes como Arcontes, tenían competencia amplia, pero luego reducida al conocimiento de delitos graves (que merecían pena de muerte). Era el *tribunal del misterio*.

En Roma, en la vida monárquica, la justicia fue originariamente administrada por el Rey o por medio de sus representantes llamados *duunviros* y durante los primeros tiempos de la República por los Cónsules, quienes delegaban funciones judiciales. La justicia pública estuvo excepcionalmente a cargo de las *Centurias*, que no eran sino las asambleas mixtas de patricios y plebeyos instituidas por las leyes *Valeriae* para sustituir a los Cónsules y donde el procedimiento era oral y público, hasta que el *Jurado* se convirtió en el Tribunal ordinario del *Iudicium publicum*.

Durante el Imperio el Jurado decayó, recayendo la facultad de juzgar al *Praefectus urbis* y *Praefectus vigilum*, reservándose las apelaciones para el *Sacrum Consistorium* (Consejo del Emperador).

La *Quaestio* o *accusatio*, cuya denominación se toma del *quarestor*, que era la persona que presidía el jurado; y la segunda *acussatio*, por ser la base del proceso, se constituyó en el procedimiento ordinario en materia de *iudicium publicum*: *Las quaestiones perpetuae*. Bajo este régimen, el derecho de acusar correspondía a cualquier ciudadano (acción popular), con algunas limitaciones de dignidad y sexo, pues no podían hacerlo los indignos y mujeres; y también por cuestiones de función, ya que los magistrados no podían ejecutarlo, salvo que se tratara de delitos muy graves que atentaban contra la sociedad. El peligro de acusaciones irresponsables se conjuraba con una exigencia del acusador de solvencia material y moral. Se le sancionaba con multa y como reo de calumnia, si no conseguía la condena del acusado; el proceso era oral y público, el acusado podía ejercer su derecho a la defensa manera personal o por medio de su defensor o *patrono*, quien podía actuar pruebas: *las cargas de esta última correspondía al acusador*.

En España, el *Fuero Juzgo* sigue el sistema acusatorio para promover el proceso: sólo se precedía a instancia del ofendido (acción privada), y en los casos de homicidio era ejercitada la acción por los deudos del occiso, la querella era escrita y descriptiva; los actos procesales se cumplen privadamente, pero se mantiene el carácter contradictorio, la desconcentración de funciones, de lo que proviene el *accusatio*, y también de las costumbres germánicas: el juez no es instructor, sino árbitro, que se atiene a las probanzas aportadas por los interesados. La confesión tiene valor formal, es la *probatio probatissima*; se admite el



tormento para provocarla (como en Germania, Roma y Grecia); se prohíbe el duelo judicial y las *ordalias* como formas de provocar la verdad, sustituyéndolas por un sistema de pruebas racionales.

Su principio fundamental del sistema acusatorio, se afirma en la exigencia de que la actuación decisoria de un tribunal y los límites de la misma, están condicionados a la acción de un acusador y al contenido de ese reclamo (*nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*) y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye.<sup>46</sup>

Una de las características del sistema acusatorio consiste en que, por lo general, la jurisdicción penal reside en tribunales populares (Asambleas del Pueblo, en algunos casos y, en otros tribunales constituidos por jurados). El Tribunal se desenvuelve como árbitro entre dos partes y tendrá como límites de su decisión el hecho (o los hechos) y las circunstancias precisadas por el acusador en su pretensión.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> El paralelo y correspondencia que se puede establecer fácilmente con el sistema republicano de ejercicio de poder político resulta evidente; de allí que no sea causalidad la aplicación de este sistema en épocas de apogeo de las repúblicas, tanto las antiguas (Grecia y Roma), como las modernas (Francia y el movimiento de reforma operado a fines del S. XVIII e inicio del S. XIX). Indica Gómez Colomer: "El proceso penal alemán es... netamente acusatorio, pues es distinta la persona encargada de decidir (el Juez), de la persona encargada de acusar (el Ministerio Público). Así: a) el Tribunal no puede proceder de oficio,... aunque vea cometerse el delito ante sus ojos. En ese caso debe proceder a comunicarlo al Fiscal... b) el Tribunal no puede extender el proceso pendiente a otras personas, ni a otros hechos del mismo autor independientes jurídicamente... c) órgano estatal competente para la formulación de la acusación es la Fiscalía...". (GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. "EL PROCESO PENAL ALEMÁN: INTRODUCCIÓN Y NORMAS BÁSICAS", Editorial Bosch, Barcelona - España, 1985, Pág. 47).

<sup>47</sup> En ocasiones este sistema ha sido caracterizado como privado, porque era el ofendido quien estaba autorizado a perseguir penalmente; en otras como popular, porque se concebía el derecho de perseguir penalmente a cualquier ciudadano o a cualquier persona del pueblo. (Cfr. MAIER, Julio. "DERECHO...", Ob. Cit., Pág. 45).

El acusado es considerado como un sujeto de derechos y en una posición de igualdad con el acusador. El procedimiento se destaca por la existencia de un debate, generalmente público, oral, continuo y contradictorio. En la valoración de la prueba impera el sistema de la íntima convicción y la sentencia es fruto del resultado de la votación de una mayoría determinada o de la unanimidad de los jueces.

La distinción de la potestad punitiva entre acusación – acción y juicio – jurisdicción, representa una garantía irremplazable para que el debido proceso constitucional sea justo. Tal premisa implica la imprescindible separación entre las funciones de investigación, por un lado, y juzgamiento, por el otro. La primera función debe estar a cargo del Ministerio Público para protegerse la imparcialidad del Tribunal.<sup>48</sup>

En Italia, la ley de rito en materia penal, se inscribe en el marco de las notas distintivas del sistema acusatorio. Por lo tanto se aprecia una neta separación entre la fase de las investigaciones y la del juicio oral en el ámbito del cual se ofrecen y producen las pruebas del proceso. En ese país, el Fiscal posee la iniciativa en orden al ejercicio de la

---

<sup>48</sup> Se sostiene que el Ministerio Público participa de una situación de cooperación esencial con el órgano decisorio que, a su vez, admite diversas posibilidades, a saber, situaciones de custodia de la legalidad vigente, situaciones de defensa de la integridad de los tribunales, situaciones de representación y amparo de quienes la ley determine y situaciones de asesoramiento e información (Cfr. MARCHENA GÓMEZ, Manuel. "EL MINISTERIO FISCAL: SU PASADO Y SU FUTURO", Editorial Marcial Pons, Madrid – España, 1992, Págs. 175 y sgts.). Cernelutti afirma que el Ministerio Público es una parte artificial, no una parte natural, puesto que constituye nota esencial al proceso penal la existencia de un solo interés, el interés del imputado en obtener una respuesta jurisdiccional favorable a su presunción de inocencia, mientras que el Fiscal opera en el proceso, no por un interés, sino por oficio (Cfr. CARNELUTTI, Francesco. "LECCIONES SOBRE EL PROCESO PENAL" (traducción de Sentis Melendo), Volumen I, Editorial Bosch, Buenos Aires – Argentina, 1950, Págs. 222-224.).

acción penal. El Juez tiene a su cargo el control de la legitimidad de la solicitud de sobreseimiento o bien sobre la solicitud de elevación a juicio formulada por el primero. Superti, luego de dejar sentado inequívocamente su parecer en cuanto a que el sistema acusatorio *"surge de nuestra Constitución"*, subraya que en él *"debe profundizarse la división juez y partes, garantizando en esa división el lógico equilibrio que requiere todo proceso"*.<sup>49</sup> Al mismo tiempo, Superti afirma que: *"... la reestructuración del Ministerio Público dará en este sentido un proceso más garantizador y más eficaz"; sin olvidarse de la necesidad de dotar a los imputados de defensas técnicas adecuadas, por medio "de defensorías con gran capacidad operativa, reestructurando al sistema actual..."*.<sup>50</sup>

Indicado que, el carácter esencial de este sistema es que configura el proceso como una contienda entre partes iguales frente a un juez imparcial supra partes, el cual, se rige por el brocardo: *iuxta allegata et probata* (es decir, el juez no investiga los hechos ni practica pruebas no ofrecidas por las partes), y en donde el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad, permaneciendo el acusado en libertad.

Aunque la regla fue que el imputado estuviese en libertad hasta que se dictase sentencia, no estableció un mecanismo de variación de oficio de la detención.

---

<sup>49</sup> Cfr. SUPERTI, Héctor. Ob. Cit., Págs. 529-530.

<sup>50</sup> Cfr. SUPERTI, Héctor. Ob. Cit., Págs. 531 y 546.

### **2.3.1.2. El sistema Inquisitivo.**

Este sistema condice con la concepción absoluta del poder central y del escaso valor que se otorga a la persona humana individual frente al orden social. Consecuencia de ello es la consideración del imputado como un simple objeto de investigación; no contando con la posibilidad cierta de defenderse de la acusación formulada en su contra. Las premisas fundamentales del sistema inquisitivo son: la persecución penal pública y obligatoria de los delitos y la averiguación de la verdad.<sup>51</sup>

Se inspiró en el Derecho romano imperial de la última época y fue perfeccionado por el Derecho canónico, sobre el que a su vez se asentó la Inquisición laica, vigente en Europa continental desde el Siglo XVIII. Su nota distintiva estriba en la concentración del poder procesal en el inquisidor, quien ostenta la tarea de persecución y decisión.

En él no tiene cabida el contradictorio en el proceso. Surge palmariamente una radical diferencia con el sistema acusatorio, toda vez que en el inquisitivo, el monarca es el titular de la jurisdicción penal en su integridad. La administración de justicia se organiza jerárquicamente.

El procedimiento se configura en una investigación secreta, enderezada a impedir el debate. Ella se realiza de

---

<sup>51</sup> Cfr. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. "EL PROCESO PENAL: TEORÍA Y PRÁCTICA", 3ra. Edición., Editorial Palestra, Lima – Perú, 1998, Págs. 34–38. VAZQUEZ SOTELO, José Luís. "EL PROCESO PENAL". En: *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, No. 02, Madrid – España, 1992, Págs. 79 y sgts.

manera discontinua, en tanto vayan surgiendo elementos que posibiliten su prosecución.

En él rige el sistema de prueba legal. El fallo es apelable, generalmente con efecto devolutivo. Sostiene Maier que: “El procedimiento inquisitivo se extendió por toda Europa continental, triunfando sobre el Derecho germano y la organización señorial (feudal) de la administración de justicia, desde el Siglo XIII hasta el Siglo XVIII”.<sup>52</sup>

Se origina durante el último periodo del Derecho Romano, ingresa al Derecho Canónico por Inocencio III con la inquisitio ex.- officio y permite recordar los tiempos de la venganza, el absolutismo.

Durante el Imperio Romano , la quesito o accusatio fue reemplazada por la Cognitio extra ordinem, que se inspiran el principio inquisitivo, bajo este sistema los particulares no fueron privados del derecho de acusar, pero el Estado lo compartió y ejerció intensamente por medio de determinados funcionarios: los curiosi, stationarii, que eran los encargados de realizar las indagaciones previas, secretas, para averiguar los delitos y presentar las acusaciones ante el magistrado, a quien en definida se autorizó a proceder de oficio, sin necesidad de que mediara acusación de otra persona, observándose la concentración de funciones acusatoria y decisoria. El juez

---

<sup>52</sup> Agrega que: “el punto final (del sistema inquisitivo), lo marcó el comienzo de la nueva República representativa, con la Revolución Francesa, que representa el triunfo político del Iluminismo, a cuyo abrigo, y por influencia de la dominación napoleónica posterior, se renueva toda la organización política de Europa continental...”. Nació así el denominado procedimiento mixto que, según el autor citado significó solamente una modificación del sistema inquisitivo. (Cfr. MAIER, Julio. “DERECHO...”, Ob. Cit., Pág. 449).

ya no necesitaba la iniciativa del acusador, de arbitro pasó a instructor, produciéndose una nueva concentración agregando a la anterior la de la defensa.

Mas no por ello debemos pensar que el procedimiento inquisitivo representó un mero instrumento de opresión: es probable que esto ocurriera en los procesos de corte político – atentados contra el Estado o contra la persona del Emperador – pero, es indudable que por esta vía se procuró dotar a la sociedad de un arma más eficaz para luchar contra la delincuencia creciente, a cuyas amenazas no podía responder el elegante pero limitado régimen de la accusatio. Y para ser justos con el vilipendiado sistema inquisitivo, señalemos que juntamente con la centralista estructura política del Imperio, se reflejó en el iudicium publicum la cultura de los nuevos tiempos y su contenido humanitario: pese a la concentración funcional, se reconoció que no podía haber condena válida sino mediaba defensa; se instauró el régimen de las apelaciones para corregir los errores judiciales; se prohibió que una persona fuera perseguida mas de una vez por la misma infracción ( non bis in ídem ), y se prefirió absolver al culpable antes que condenar al inocente (in dubio pro reo). En síntesis: se construyó el proceso sobre la base de principios cuyo reconocimiento constituye hoy motivo de orgullo para el régimen liberal.

Este sistema se introduce en la legislación española mediante el proceso canónico; en un inicio respondió al sistema acusatorio, para ir luego adquiriendo predominio. La etapa instructora dejó de ser pública, se instauró el

régimen de delaciones, manteniéndose en secreto al denunciante; el juez asumió concentración funcional, absorbiendo a las que correspondían a las partes; en los inicios la jurisdicción de la iglesia se limitaba a los clérigos, pero luego se fue extendiendo en atención a las personas, por razón de la materia (atentados contra la fe, la herejía, la adivinanza, la magia, la usura y el adulterio); la iglesia fue absorbiendo la materia justiciable y lo que comenzó a ser un fuero de excepción se convirtió en lo ordinario o común, instituyéndose el llamado Tribunal de la Inquisición o Santo Oficio.

En el Perú, luego del descubrimiento de América, se siguieron aplicando las leyes de Castilla, pero las formas procesales fueron distintas; se instituyó una legislación indiana, compuesta en un principio por cédulas, provisiones y ordenanzas dadas hasta 1680; se organizó la Recopilación de Indias el mismo año.

El sistema inquisitivo presenta características opuestas al acusatorio:

- a) La acción penal es de naturaleza pública, se ejercita de oficio por el juez; se propugna la defensa de los intereses de la sociedad.
- b) No existe distinción en las personas de los sujetos procesales. El juez concentra las funciones de acusación, defensa y juzgamiento.
- c) Se limita la defensa particular del imputado pues el juez asume dicho papel.
- d) Se rige bajo el sistema de prueba legal o tasada, siendo

la confesión del imputado la principal prueba. Ello derivó en la arbitrariedad, recurriéndose a medios como la prueba divina o juicios de Dios, donde la tortura era el medio más empleado.

- e) El proceso penal se realiza en secreto “casi a la emboscada”, predomina la escritura, la rapidez y no es contradictorio. La instrucción se realizaba a espaldas del imputado; las pruebas se actuaban sin conocimiento de aquel. El plenario fue introducido por los españoles a efecto de la defensa del acusado.
- f) El imputado permanece en prisión preventiva hasta que se dicte la sentencia.
- g) La sentencia es dictada por el mismo juez, con posibilidad de ser impugnada.

El sistema inquisitivo no era pues un verdadero proceso. La aplicación de la ley penal correspondía a los tribunales, pero éstos no utilizaban el proceso; se trataba entonces de un derecho penal “típicamente administrativo” y en su actividad “no se respetaron los principios de dualidad de partes, contradicción e igualdad, que hacen a la esencia misma de la existencia del proceso”.

La conquista española impuso en el Perú un sistema jurídico procesal penal inquisitivo. Se impuso la cultura jurídica inquisitiva. El Perú proclamó su Independencia política en 1821. Si bien la naciente República se inspiró en la filosofía liberal, también es que, en verdad, no se produjo una profunda y amplia revolución cultural coherente con esa inspiración. Las normas jurídicas y la cultura inquisitivas de la colonia continuaron



predominantes e, incluso, ocurrió la paradoja de que el nuevo Estado republicano, en 1863, puso en vigencia el Código de Enjuiciamientos en Materia Penal, notoriamente inquisitivo, sin más que una y otra interpolación de prescripción de índole liberal, cuyo modelo procesal fue el famoso “Sumario-Plenario”.

En lo que respecta a la detención, al estimarse que existe un interés público en la persecución del delito, los poderes del juez son absolutos frente a un acusado inerme ante él, por lo que, lo normal es la detención, y ello se puede apreciar en las primeras leyes procesales que el Perú tuvo en su vida republicana.

En efecto, en el Código de Enjuiciamiento en Materia Penal de 1863, de influencia española, el imputado es incomunicado hasta que preste su instructiva. La captura es obligatoria en las causas en que el Fiscal tenga obligación de acusar (todas menos en delitos contra la honestidad, el honor, hurtos domésticos y lesiones leves). Si se pasa a la etapa del plenario, el auto de prisión es obligatorio. La libertad bajo fianza siempre es consultable. No existía la posibilidad de la revocatoria de oficio de la detención.

#### **2.3.1.3. El Sistema Mixto.**

Se asienta en el Código de Instrucción Criminal francés de 1808, diseminado por Europa continental como consecuencia del éxito de las ideas fundantes de la

Revolución Francesa y del dominio napoleónico. Este sistema subsiste en nuestros días.<sup>53</sup>

Puede decirse que, en el sistema penal actual perduran dos postulados del Inquisitivo: la persecución penal pública de los delitos, como regla, y la averiguación de la verdad histórica como fin del proceso penal, piedra angular que debe sustentar la sentencia.

Estos postulados dejaron de ser metas absolutas y se transformaron en valores relativos, frente al respeto de la dignidad de la persona humana; circunstancia ésta que otorgó otra fisonomía a los medios utilizados para alcanzar los resultados buscados.

Adquirieron relevancia las garantías y derechos individuales, lo que trajo aparejado el tratamiento del imputado como inocente, hasta tanto una sentencia firme no declare lo contrario.

Se hizo así imprescindible un juicio previo, tramitado de conformidad a las pautas legales, garantizadores de la libertad y de la defensa.

Se prohibió toda coacción contra el imputado, a quien se considera sujeto de derechos y se encuentra en el proceso – al menos en teoría – en una situación de paridad con el

---

<sup>53</sup> Con la caída del sistema inquisitivo – sistema que destruyó todo vestigio del principio acusatorio en Europa continental –, se mantuvo el principio material de la persecución penal pública de los delitos, pero se introdujo de modo tenue el principio acusatorio: así nació en nuestra tradición jurídica el principio acusatorio que hoy denominamos formal y cuyo contenido difiere sustancialmente de la regla histórica que le dio origen. El principio, redefinido en términos estrictamente formales, fue una de las conquistas de la Ilustración y aún hoy estructura el procedimiento penal.

acusador. En el caso de que el imputado no pueda o no desea nombrar defensor de confianza, el Estado tiene el deber de designarle de oficio un defensor.

En algunos ordenamientos se aplica el sistema de la íntima convicción en la valoración de la prueba y, en otros el de la libre convicción o de la sana crítica racional.

El procedimiento se divide en tres etapas: investigación preliminar, a cargo del Ministerio Público o del Juez penal; un procedimiento intermedio (requerimiento de juicio público o acusación, o sobreseimiento) y, el juicio o procedimiento principal, en el decurso del cual se lleva a cabo un debate, cuyas notas distintivas son: la oralidad, publicidad, concentración, continuidad, inmediación y defensa.

Por lo demás, la decisión debe guardar íntima correlación con la acusación; culminando el juicio con la absolución o la condena del imputado, fundadas únicamente en los actos llevados a cabo durante ese debate.

La jurisdicción penal es ejercida por jueces profesionales o por tribunales populares, ya sea tribunales de jurados o tribunales compuestos por jueces profesionales y jueces accidentales (como Escabinos).

En el sistema mixto, no todos los delitos son de acción pública, toda vez que algunos dependen de la instancia del ofendido o damnificado.

En el Perú, el sistema procesal penal de 1920 llamado Código de Procedimientos en Materia Criminal introduce, después de un siglo, el llamado sistema mixto. Para efectos ilustrativos e históricos decimos que la instrucción conserva carácter inquisitivo, pero con todas las garantías para el acusado que el espíritu liberal exige y que la experiencia aconseja. .

El Ministerio fiscal reemplaza a la querella; pero el agraviado y sus parientes, siempre, y hasta cualquier persona en los casos de flagrancia, pueden ocurrir directamente al juez, para provocar con su denuncia que se investigue un delito. Es diverso el juez de instrucción del tribunal de fallo; pero la instrucción se lleva a cabo bajo la autoridad y la vigilancia de éste último.

La instrucción tiene todas las facultades requeridas por la necesidad de perseguir el delito. El juicio es oral; pero un procedimiento en los casos de flagrante delito cuando la culpabilidad es indiscutible, en los delitos leves, y en aquellos contra el honor y la honestidad, permiten que la instrucción escrita sea utilizada por el tribunal de fallo. La instancia es única, como no podía dejar de serlo, tratándose del juicio a conciencia; pero el tribunal de casación está autorizado para modificar la sentencia condenatoria. “Este sistema se mantiene, con determinadas modificaciones, en el vigente Código de Procedimientos Penales de 1940.

El sistema procesal penal mixto presenta las siguientes características:

- a. En la primera etapa, de instrucción o denominada también sumario en algunas legislaciones, predominan las características del inquisitivo: la investigación es escrita, secreta o reservada y de iniciativa judicial. En nuestro ordenamiento el director de esta etapa era el llamado Juez Instructor, hoy llamado Juez Penal. Lo impertinente que puede resultar realizar la instrucción bajo el principio de publicidad.

La publicidad de la instrucción haría imposible el descubrimiento de la verdad histórica; las oposiciones y dilaciones paralizarían el trabajo instructor, quitarían a la instrucción la seguridad y unidad de su marcha; permitirían al inculpado y sus cómplices, todavía no descubiertos, urdir tramas contra el procedimiento, haciendo desaparecer los vestigios del delito, destruyendo los documentos, intimidando y corrompiendo a los testigos, presentándolos falsos, en una palabra, hostilizando por todos los medios posibles el movimiento regular de la administración de justicia. La justicia sería una ironía.

- b. La persecución penal está a cargo de una autoridad estatal, el Ministerio Público o Fiscal, que tiene autoridad judicial, aún cuando es posible encontrar legislaciones en donde se posibilita el inicio del proceso penal ex officio por el Juez.

- c. El imputado de un delito es un sujeto de derechos; le corresponde el trato de inocente mientras no sea declarado culpable y condenado por sentencia firme. El impugnado goza del derecho a la libertad aun cuando esta pueda ser objeto de privación; también le corresponde el derecho de defensa y la aportación de pruebas en igualdad con el acusador.
- d. Se pone de manifiesto el interés público de castigar el delito y el interés privado de conservar las libertades ciudadanas.
- e. La segunda etapa, de juzgamiento o denominado plenario o juicio oral, corresponde al estadio procesal donde predominan las características del acusatorio: publicidad, oralidad, inmediación, contradicción y libre apreciación de la prueba.
- f. La acusación es ejercida por el Ministerio Público o Ministerio Fiscal o por los particulares o conjuntamente, según los distintos ordenamientos jurídicos y la sentencia es dictada por el juez, que puede ser unipersonal o colegiado.
- g. La sentencia puede ser materia de revisión por la instancia superior.

Después de la revolución francesa, se consideró al proceso penal como destinado a la aplicación del *ius puniendi* del Estado, pero en salvaguarda de la libertad y de la convivencia en sociedad, en donde, si se realiza un

último análisis, se debe prevalecer la exigencia de libertad sobre la autoridad.

Frente a ello, ya se entiende que la restricción de la libertad en el curso de un proceso penal sólo puede justificarse por la necesidad de garantizar la sujeción de una persona para que en su momento pueda hacerse efectiva las consecuencias jurídicas del delito por el que se le condene.

En 1920, mediante el *Código de Procedimientos en Materia Criminal*, el Perú importó el denominado “*modelo Mixto*” y lo puso en vigencia en la mayoría de departamentos, el 18 de marzo, y en todo el territorio nacional a partir del 01 de junio, respectivamente, del mismo año.

Como se sabe, el modelo “*Mixto*” fue consecuencia de la Revolución francesa y del nuevo tipo histórico de Estado basado en la división de poderes, cuyo documento primigenio fue la Ley de Enjuiciamiento de 1791 que derogó a la Ordenanza Criminal de 1670, aunque aquella opción no estuvo exento de cuestionamientos, debates que, a su turno, condujo a la aprobación del Código de Instrucción Criminal de 1808.

En el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, de influencia francesa, la instrucción es reservada y escrita. Puede dictarse de oficio en los casos de delitos flagrante y cuasi flagrante. Contra el imputado puede dictarse orden de comparecencia o de detención siempre que se conozca o presuma quien es el delincuente. las

causales de detención son muy amplias. Tampoco se reguló la figura de la revocatoria de oficio del mandato de detención.

Asimismo, en el Código de Procedimientos Penales de 1940, el cual, mantuvo el sistema mixto, si bien es cierto, se consideró la libertad del imputado la regla y la detención la excepción, no se estableció la facultad de revocatoria de oficio del mandato de detención.

#### **2.3.1.4. El Sistema Acusatorio Garantista Moderno.**

Tras la publicación del Código Procesal Penal en 1991, que aún no entra en vigencia con excepción de algunos artículos, los legisladores nacionales se suman a la nueva corriente que ya se venía promocionando durante las tres últimas décadas en toda América Latina.

La tendencia actual, por tener raíces en el Modelo Acusatorio antiguo ha dado en llamarse Modelo Acusatorio Garantista o liberal. Al respecto, Gómez Colomer ha señalado las siguientes características:<sup>54</sup>

a) Reconocimiento en exclusiva de la acción penal al Ministerio Fiscal, por tanto, monopolio acusador (legitimación activa única) para este órgano público con exclusión (o mínima intervención) generalmente de particulares sean o no ofendidos por el delito.

---

<sup>54</sup> Cfr. GÓMEZ COLOMER, Juan L. "LA INSTRUCCIÓN DEL PROCESO PENAL POR EL MINISTERIO FISCAL: ASPECTOS ESTRUCTURALES A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO". En: *Rev. Peruana de Derecho Procesal*", No. 01, Lima – Perú, 1997, Pág. 338.



- b) Atribución al Ministerio Fiscal de la competencia para instruir las causas penales, sustituyendo al Juez Instructor, sin perjuicio de la intervención ocasional de éste cuando resulte necesario.
- c) Otorgamiento al Ministerio Fiscal de facultades derivadas del Principio de Oportunidad para, ofreciendo bajo determinados presupuestos medidas alternativas al imputado, no perseguir el delito generalmente menos grave o leve, bien a través del instituto de la *conformidad*, bien a través de la llamada *negociación sobre la declaración de culpabilidad*
- d) Conversión del Ministerio Fiscal en autoridad principal, o incluso única, de la ejecución penal.

Este modelo, además de replantear de modo protagónico la presencia del Fiscal en el proceso, destaca la tarea del Juez penal, asignándole exclusivamente la facultad del fallo, dejando la labor de investigación en manos del Ministerio Público, el que, asistido por la Policía, deberá realizar las diligencias pertinentes a fin de cumplir con el objeto de la investigación.

En este modelo la libertad del ciudadano es la regla en materia de sujeción al proceso penal. Su restricción no sólo debe estar expresa y acabadamente descrita en una norma con rango de ley (principio de legalidad), sino que debe amoldarse a los postulados de necesidad, adecuación, discrecionalidad y gradualidad, así como al principio de presunción de inocencia.

Sólo desde estas premisas se justifica la imposición de restricciones procesales en la esfera de libertad del ciudadano, las que deben arbitrarse equitativamente por el juez como el único objetivo de garantizar la efectividad de una posible sentencia condenatoria. En consecuencia, corresponde a la autoridad judicial formular un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y condicionada a las circunstancias concurrentes al caso concreto, y, le corresponde al Ministerio Público, como director de la investigación, formular el requerimiento de detención motivadamente.

Aunque estas garantías se encuentran en el Código Procesal Penal de 1991, en donde se inserta, por primera vez en el desarrollo legislativo en nuestro país, la revocatoria de oficio del mandato de detención, esta figura desaparece en el Código Procesal Penal del 2004, el cual también se inserta en este modelo, demostrando las contradicciones de nuestra política legislativa.

### **2.3.2. El Modelo Peruano.**

En nuestro sistema procesal penal sigue vigente el Código de Procedimientos Penales de 1940, vale decir, seguimos encuadrados dentro del contexto del *sistema mixto*. La reforma del proceso penal tiene larga data en nuestro país.

El Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, que reemplazó al Código de Enjuiciamiento en Materia Penal de 1863, generó amplias polémicas, fundamentalmente en el seno de la Magistratura donde se discutió bajo una óptica conservadora la

viabilidad del denominado sistema mixto. De la lectura de la Exposición de Motivos del actual Código Adjetivo se desprende el desconcierto generado en los órganos de control penal y, dramáticamente, la inviabilidad del indicado sistema procesal.<sup>55</sup>

Entre los rasgos característicos más importantes señalamos:

- El proceso penal se desarrolla en dos etapas: la instrucción (reservada y escrita) y el juzgamiento (público y oral).
- La primera etapa de la instrucción tiene una nueva orientación al que se le otorga el papel indispensable en la recolección de las pruebas.
- Desaparecen los jurados, incorporándose los jueces profesionales.
- Con relación al juicio oral, nos dice Peña Farfán<sup>56</sup> que el juzgamiento compete a un órgano jurisdiccional colegiado, en donde la audiencia es dirigida por el Presidente de dicho órgano colegiado o por otro Vocal integrante, bajo los principios procesales de oralidad, publicidad, inmediación, libertad de declaración del acusado, unidad, continuidad, concentración, preclusión y celeridad.

Sobre el modelo adoptado por el Código Procesal Penal de 1991, vigente desde el 28 de abril de ese año en veintidós artículos, así como, el Proyecto de 1995 y el Código Procesal Penal del 2004, se adscriben, conforme lo señala su Exposición de Motivos al *sistema acusatorio modernizado*. Al respecto, el Dr. Oré Guardia,<sup>57</sup> así como,

---

<sup>55</sup> Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César. "ESTUDIO CRÍTICO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL". En: *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Lima – Perú, 1993, Pág. 259.

<sup>56</sup> Cfr. PEÑA FARFÁN, Saúl. "EL JUICIO ORAL: LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DURANTE LA VISTA". En: *Rev. JUSDE*, No. 02, Lima – Perú, 1999, Pág. 49.

<sup>57</sup> Cfr. ORÉ GUARDIA, Arsenio. "EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1991". En: *Derecho & Sociedad*, No. 08-09, Lima – Perú, 1994, Pág. 118.

Peña Farfán<sup>58</sup> convienen en adoptar que el modelo que inyecta el Código Procesal Penal de 1991 y el Proyecto de 1995 se adscriben al *sistema acusatorio garantista moderno*. Los doctores Mixán Mass,<sup>59</sup> San Martín Castro<sup>60</sup> y Cubas Villanueva,<sup>61</sup> lo denominan *modelo acusatorio*. Por su parte, Sánchez Velarde<sup>62</sup> prefiere hablar de un *sistema predominantemente acusatorio*. Catacora González<sup>63</sup> nos dice que la reforma del Código Procesal Penal de 1991 se orientó a la adaptación del *sistema acusatorio moderno* llamado también, *garantista*. Finalmente, el profesor Rodríguez Hurtado<sup>64</sup> señala que el nuevo Código Procesal Penal es *garantista y predominantemente acusatorio*.

Brevemente anotaremos la orientación que el nuevo estatuto procesal pretende:

- Reordenar el sistema de enjuiciamiento penal acercándonos al ideal de la *justicia pronta y cumplida*.
- Potenciar el *derecho de defensa*.
- Asegurar en lo posible la *vigencia de los derechos humanos* cuando el Estado hace valer su pretensión punitiva.

En suma, para cumplir con estos objetivos, se asume de manera liminar el sistema acusatorio, encargando al Ministerio Público la etapa o fase investigatoria, delimitando los poderes de la

---

<sup>58</sup> Cfr. PEÑA FARFÁN, Saúl. Ob. Cit., Pág. 51.

<sup>59</sup> Cfr. Al prologar el libro *Comentarios al Código Procesal Penal* de Sánchez Velarde, Pág. 07.

<sup>60</sup> Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César. "DERECHO PROCESAL PENAL", Volumen I, Editorial Grijley, Lima – Perú, 1999, Pág. 45.

<sup>61</sup> Cfr. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. "LA FUNCIÓN DEL FISCAL EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL". En: *Rev. Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses*, No. 02, Lima – Perú, 1995, Pág. 32.

<sup>62</sup> Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. "COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL PENAL", Lima – Perú, 1994, Pág. 53.

<sup>63</sup> Cfr. CATACORA GONZALEZ, Manuel. "MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL", Lima – Perú, 1996, Pág. 115.

<sup>64</sup> En el prólogo del libro *Terminación Anticipada del Proceso y Procedimiento por Colaboración Eficaz*, del desaparecido maestro Raúl Peña Cabrera (Editorial Grijley, Lima – Perú, 1995). Asimismo, se adscribe a tal opinión: ROSAS YATACO, Jorge. "EL MODELO PROCESAL PERUANO". En: *Rev. Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, No. 03, Lima – Perú, 2002, Pág. 315.

judicatura a una labor de control de la investigación y dirección del juicio oral y garantizando el derecho de defensa del imputado en un plano igualitario dentro del marco de un debido proceso.

### **2.3.3. El Sistema Procesal Peruano.**

Podemos definir el proceso penal, desde un punto de vista descriptivo, como el conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces, fiscales, defensores, imputados, etc.), con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una sanción y, en el caso que tal existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidades de esta última. El proceso penal busca proteger la integridad del ordenamiento jurídico penal, que en nuestro país, no solo importa imponer – siempre que dicho ordenamiento punitivo haya sido vulnerado – la pena o medida de seguridad respectiva, sino también determinar conjuntamente las consecuencias civiles de los mismos hechos (art. 92° C.P.).

El proceso penal tiene como marco de referencia un conflicto suscitado entre el delincuente y la sociedad, que es del caso que el Estado decida. Todo proceso penal importa enjuiciar una conducta que se reputa delictiva. Para que sea posible este enjuiciamiento, debe existir una acusación del Ministerio Público y reconocerse el equivalente derecho de defensa del imputado, además, su dilucidación requiere de una contradicción efectiva, sobre la base de argumentos jurídicos y pruebas concretas y determinadas cuyo corolario es la sentencia penal.

El proceso penal (y, por cierto, el Derecho penal) se encuentra íntimamente relacionado con el modelo político en el que se exterioriza y con el sistema de valores que nutre a éste. Según sea el

papel que una sociedad le asigne al Estado, el valor que reconozca al individuo y la regulación que haga de las relaciones entre ambos, será el concepto que desarrolle de delito (desobediencia a castigar, conflicto humano a solucionar o redefinir) y el tipo de proceso que se admita. En el decurso de la historia, la primacía de aquél dio lugar a un paradigma llamado "inquisitivo"; la del individuo, a otro denominado "acusatorio". Y pensando en la conveniencia de lograr una síntesis entre las virtudes de ambos, se desarrolló el proceso penal llamado mixto, o con más precisión, "inquisitivo mitigado".

Ni en el pasado ni en la actualidad es posible encontrar a alguno de aquellos dos primeros paradigmas procesales en estado "químicamente puro" (todos son algo "mixtos"). Sin embargo sería útil intentar poner de manifiesto (o mejor dicho, contraponer), los rasgos más característicos de cada uno, para facilitar la comprensión (por investigación de su filiación) de muchas de las instituciones del proceso penal "mixto" de nuestros días, y de las actitudes oficiales -y aun sociales- frente al fenómeno delictivo. Porque el "inquisitivo" y el "acusatorio" son bastante más que simples modelos procesales; en realidad encarnan representan manifestaciones abiertas o encubiertas de una cultura, pues expresan una determinada escala de valores vigente en una sociedad, en un momento o en un lapso histórico determinado. Una sociedad organizada políticamente bajo el principio *salus publica suprema lex est*, genera un sistema (y un proceso) penal que, aunque no lo exprese abiertamente, castigar la mera apariencia de delito que, en esta concepción totalitaria, es considerada, por si sola, como lesiva a la autoridad del Estado (por la desobediencia - aun aparente- que implica).<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> El propio CLARIA OLMEDO, Jorge. "TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL", Tomo. I, p. 14, señala que el orden jurídico queda desintegrado "ante el conocimiento oficial de una conducta afirmada como sancionable".

A semejanza de la mujer del César, al ciudadano -súbdito- se le exige, bajo la misma conminación, no solamente que no sea deshonesto (que no delinca), sino que tampoco lo parezca (que no lo acusen): y para justificar el castigo de la apariencia, inventa sobre ella, una presunción de culpabilidad. Como la aparente comisión de un delito surge probada in re ipsa de los actos o razones que autorizan la iniciación del proceso, este queda "naturalmente" legitimado en tan perversa lógica, para operar como un castigo en sí mismo (a través de la estigmatización que produce su conocimiento público y de la imposición "ejemplarizante" de la prisión preventiva), mientras procura reconfirmar -con más crueldad que interés- una culpabilidad preestablecida por su apariencia, y, por tal motivo, presupuesta y pre-castigada. La llamada "obsesión por la verdad" es sólo un pretexto para la crueldad que, disfrazada de medio de investigación, en realidad es una parte -a veces la más temida- de un castigo que no importa que sea justo, siempre que sea ejemplarizador.

¿Y si lo aparente no fue real? No importa porque castigo hubo igual. Pero se penó a un no culpable "Mala suerte, pero es el costo que se debe pagar". Es preferible el castigo de un inocente a la absolución o libertad de un culpable, es la idea que subyace en el llamado proceso inquisitivo. En el extremo opuesto, y como reacción, surge la concepción contraria, que pone al individuo en el centro de la acción política y concibe al Estado como un instrumento organizacional al servicio de aquél, reconociendo el valor de la dignidad del ser humano, que lo hace susceptible -por ese único motivo- de ser titular de derechos inalienables, sólo algunos de los cuales pueden ser restringidos sólo por razones de interés general y sin alterar su esencia.

Esto se refleja en un modelo de proceso penal que invierte aquella máxima autoritaria: es preferible la libertad de un culpable al castigo de un inocente. Esta concepción humanista reserva la pena sólo para la persona respecto de la que se haya probado que ha cometido un delito (consecuentemente se lo presume "inocente" hasta que no se acredite su culpabilidad) luego de (mediante) un trámite procesal respetuoso de su dignidad y derechos: sin que (y hasta tanto) esa comprobación no se realice, no habrá culpable ni castigo.

Tal concepción tiene su expresión paradigmática en el llamado proceso acusatorio. Pero tanto en su expresión histórica como en sus versiones más actualizadas, estos paradigmas están presentes en algunas o en todas sus manifestaciones en el Derecho procesal penal de nuestros días, mayoritariamente enrolado en el "sistema mixto" a veces expresándose abiertamente, y otras veces a modo de resabios más o menos encubiertos (sobre todo, cuando son del inquisitivo). En el paradigma inquisitivo (presupone la culpabilidad), se tiene los rasgos siguientes:

- El proceso es un castigo en sí mismo;
- La prisión preventiva se dispone por regla general, como un gesto punitivo ejemplar e inmediato,<sup>66</sup> fundado en la mera sospecha o, como mucho, en la íntima convicción de los funcionarios judiciales sobre la participación del imputado en un delito;
- La presuposición de culpabilidad que lo caracteriza es "preservada" de "interferencias" de cualquier posibilidad

---

<sup>66</sup> Esta idea, que se proyecta en los "sistemas mixtos", refleja la constante percepción (o convicción) sobre que la investigación preliminar (la instrucción) es el núcleo del proceso, y que el juicio es una etapa cuasi-decorativa.



defensiva,<sup>67</sup> excluyéndose la idea de poder contradecirla, o de intentar probar en contrario;

- A pesar de que parece obsesionado por la verdad, la prueba tiene una importancia relativa pues, como presupone la culpabilidad del imputado (para poder así castigar su apariencia), el proceso la castiga por sí mismo, siendo aquella "obsesión" sólo un pretexto para el ejercicio de una crueldad ejemplarizante;
- En lo orgánico funcional, concentra en una sola persona (un Órgano oficial) las funciones fundamentales del proceso, que son la de acusar, la de defensa y la de decisión:<sup>68</sup> es el inquisidor que so pretexto del "triunfo de la verdad" no sólo juzga, sino que también usurpa los roles de las partes;
- Naturalmente y según todo lo expuesto, el imputado es considerado un objeto de la persecución penal, al que no sólo se lo desconoce en su dignidad, ni se le respeta ningún derecho, sino que se pone a su cargo la obligación de colaborar con la investigación, deber que se exige, generalmente, mediante el uso de la tortura (u otras formas de violencia, intimidación o engaño), que en realidad tiene más un propósito punitivo y de intimidación general (miren lo que les puede pasar) que el de lograr pruebas.

En el paradigma acusatorio (presupone la inocencia), se presenta los rasgos siguientes:

---

<sup>67</sup> Si el acusado es inocente -se llegó a decir- un buen inquisidor lo descubrirá (¡aunque para ello pueda atormentarlo!). CARPOZOVIO, el "maestro, casi legislador" del proceso inquisitivo alemán, dice: "Judex supplere debet defensionis rei ex officio" recuerda FLORIÁN, Eugenio. "ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL PENAL", Barcelona, 1934, p. 66.

<sup>68</sup> Cfr. FLORIÁN, op. cit., p. 65.

- El proceso es una garantía individual frente al intento de imponer una pena, y funciona como un obstáculo a tal pretensión, que debe ser superado airoosamente para poder concretarla.
- Se admite la posibilidad excepcional de privar al imputado de su libertad antes de la condena, legitimándola únicamente como una medida cautelar de los fines del proceso, nunca como una sanción anticipada.
- La imputación es libremente refutable, en público, por el acusado, quien puede ofrecer toda clase de pruebas de descargo.
- Como parte de presuponer la inocencia, la prueba cobra decisiva relevancia como única forma para destruirla, no admitiéndose ningún otro medio (que no sea la prueba) para acreditar la culpabilidad.
- Para superar las inequidades del inquisitivo,<sup>69</sup> las funciones de acusar, defender y juzgar se encomiendan a sujetos diferenciados e independientes entre sí, generalmente particulares (acusador privado, jurados).
- El imputado es considerado un sujeto del proceso, a quien se respeta en su dignidad y se garantiza el derecho de defensa, en cuya base se establece la imposibilidad de obligarlo a (presionarlo o engañarlo para) colaborar con la investigación, y la consecuente

---

<sup>69</sup> Cfr. SCHMIDT, Eberhard. "FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PROCESAL PENAL", Buenos Aires, 1957, señala que el sistema inquisitivo "ha colocado al juez ante una tarea psicológica imposible, francamente sobrehumana" (p. 60). Cita en apoyo de su opinión una aguda observación de ZACHARÓAS: "Es algo absurdo exigir al inquiriente estar ya de un lado, ya del otro, y con ambas armas luchar contra sí mismo, pero al mismo tiempo también dirigir la disputa como árbitro" (nota nº 88).

prohibición de considerar su actitud de no hacerlo como una presunción de culpabilidad en su contra.

Por otro lado, se ha señalado que estos paradigmas se expresan, modernamente, en dos nuevos modelos de proceso penal: el del "control del delito" y el del "debido proceso". El primero tiene a la represión de los ilícitos como su más importante función, minimiza las posibilidades de Éxito de las argumentaciones de la defensa, postula las menores restricciones posibles para el logro de la verdad y actúa con la "presunción de culpabilidad como predicción de resultado". En el modelo del "debido proceso", en cambio, el individuo sólo puede ser considerado culpable si las pruebas de su conducta han sido logradas a través de un procedimiento legal, por autoridades que no se extralimiten en sus atribuciones. Refleja los valores de "la primacía del individuo" y su complementario de la "limitación del poder público".<sup>70</sup>

Presentado como una síntesis de las virtudes de aquellos dos paradigmas, aparece el llamado sistema mixto. Este modelo por un lado rescata principios orientadores del inquisitivo (de fuerte influencia sobre las opiniones jurídicas), en especial la persecución y juzgamiento de todo delito que acontezca, poniendo ambas actividades a cargo de funcionarios del Estado; el concepto de "verdad real" como objetivo supremo a descubrir como base del castigo, el que es concebido como la única respuesta (forma de solución) del conflicto penal (pero cobija también muchas desviaciones con el mismo origen). Por otro, incorpora principios orientadores del acusatorio, como la separación de los roles de acusación y juzgamiento, la imparcialidad de los jueces, la

---

<sup>70</sup> Cfr. PACKER, Herbert, citado por BOHMER, Martín. "LA CELADA LEGAL Y LOS FUNDAMENTOS DEL PROCESO PENAL". En: *"Jurisprudencia Argentina"*, Sección Doctrina, t. 1992-B, p. 96.2.

incoercibilidad moral del imputado, la inviolabilidad de su defensa, y el principio de inocencia, entre otros, todo para respeto de la dignidad personal y mayor garantía de los derechos del acusado, que considera valores preeminentes a la aplicación de la pena al culpable (la que se subordina a aquellos).<sup>71</sup>

Con origen en éste último dispone que el juicio deberá basarse en una acusación y desarrollarse en forma oral y pública, con inmediación de los sujetos procesales entre sí y con los elementos de prueba, y con plena vigencia del contradictorio, debiendo, al menos en teoría, dictarse la sentencia sólo en función de las pruebas y argumentaciones de las partes allí producidas y por obra de los mismos jueces que las recibieron.

Del inquisitivo hereda una etapa de investigación previa a la formulación de la acusación, a cargo de un juez inquisidor (de instrucción), desarrollada con fuertes restricciones al contradictorio, cuyos logros probatorios quedan registrados en actas, y que si bien teóricamente debería ser útil sólo para darle fundamento a aquélla (a la acusación), su eficacia conceptual y procesal excede en mucho ese límite y avanza impetuosamente sobre la etapa del juicio, desplazándolo -muchas veces- en importancia.

Por otro lado, cabe resaltar como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como sus sucesivos Protocolos, vienen a configurar un sistema de enjuiciamiento penal que se caracteriza por los principios que vamos a enumerar, de carácter subjetivos unos, objetivos otros. Así se exponen:

---

<sup>71</sup> Cfr. MAIER, Julio B. J. "DERECHO PROCESAL PENAL", Tomo I, Fundamentos, Buenos Aires, 1996, p. 869.

### **A. Principios de orden subjetivo.**

1. En relación al Tribunal.
  - a) Independencia
  - b) Imparcialidad
  - c) El Tribunal ha de venir establecido por Ley.
  - d) El Tribunal ha de poseer competencia para oír y fallar la causa.
2. En relación al acusado.
  - a) El acusado ha de haber sido objeto de una acusación.
  - b) El acusado ha de ser considerado inocente hasta que la culpabilidad haya sido legalmente declarada. Y en concreto:
    - i. La presunción de inocencia afecta a los hechos imputados y a la necesidad de actividad probatoria.
    - ii. Es una presunción "iuris tantum".
    - iii. No hay identidad entre "presunción de inocencia" y "pro reo".
    - iv. La verdad interina o presunción de inocencia, debe ser destruida mediante una actividad probatoria de cargo.

### **B. Principios de orden objetivo.**

1. Ha de existir una acusación, entendiéndose por tal una "notificación oficial, emanada de la autoridad competente, del reproche de haber cometido una infracción penal".
2. La acusación ha de recaer sobre "materia penal".
  - a. Positivamente será "materia penal" lo expresamente reconocido como tal en las Leyes Penales estatales.
  - b. Negativamente, en cambio, no existe "materia penal" en los procesos en los que no se ventila una acusación.

**C. Principios relativos a la actividad procesal.**

- a. Derecho de operatividad de la presunción de inocencia.
- b. Derecho al conocimiento efectivo de la acusación.
- c. Derecho a la defensa y al tiempo y a las facilidades para la defensa.
- d. Derecho al interrogatorio de los testigos de cargo.
- e. Derecho a la asistencia de intérprete.
- f. Derecho al proceso en un tiempo razonable.

Podemos a su vez analizar los anteriores principios conforme a las siguientes comentarios: Entre los principios de orden subjetivo se han de considerar dos grupos, relativos respectivamente al Tribunal y a las partes en el proceso, el acusado y la víctima.

El Tribunal ha de ser independiente, imparcial, establecido por la Ley e investido de jurisdicción y competencia para oír y fallar la causa.

- a. Independencia. Este requisito exigido por el artículo 6 del CEDH, así como por el 10 de la DUDH, no siendo necesario abundar en este principio más que para resaltar la necesidad de que el ciudadano confíe en que su juez sentenciará sin presión alguna, en conciencia y conforme a derecho, buscando la Justicia, valor superior del ordenamiento jurídico, en su decisión fundada.
- b. Imparcialidad. Con este requisito del tribunal, el Convenio viene a sancionar dos aspectos distintos: uno es el de la imparcialidad subjetiva, o ausencia de prejuicio en los miembros del tribunal, lo que debe siempre presumirse, y una imparcialidad objetiva, esto es, la ausencia de apariencias de posible parcialidad, nacida de cualquier relación o causa, pero singularmente del

hecho de haber tomado conocimiento del proceso un miembro del tribunal en momento anterior, como instructor o fiscal (sentencias PIERSACK de 1 de noviembre de 1982, y DE GUBBER, de 2 de noviembre de 1984).

- c. El Tribunal ha de venir establecido por Ley. A este respecto, ha de entenderse de una parte, que el tribunal ha de ser uno de los establecidos por la ley con carácter general, como uno de los que ejercen la jurisdicción con competencia para el caso concreto, con respeto absoluto al principio de división de poderes, y sin que el señalamiento del tribunal competente en cada caso pueda venir atribuido a una instancia gubernativa. Añadiría además que el respeto al principio del juez predeterminado por la ley, comporta la existencia de un Poder Judicial que goce de efectiva independencia e inamovilidad, con plena responsabilidad.
- d. El Tribunal ha de poseer competencia para oír y fallar la causa. Parece claro que el tribunal que juzgue la causa, ha de ser uno de los establecidos en la LOPJ, integrantes de la jurisdicción, y al mismo tiempo ser competente objetiva y territorialmente, sin que valga la existencia de tribunales de excepción o "ad hoc".

El acusado ha de ser considerado inocente salvo prueba en contrario, de la acusación que contra él se ejercita.

- a. El acusado ha de haber sido objeto de una acusación. Ello prohíbe el enjuiciamiento inquisitivo o de sospecha, evitando el juicio a la persona, en vez del juicio sobre el hecho de la persona, quedando a su vez delimitado el concepto de acusación por la sentencia DEWEER, como luego se verá.

- b. El acusado ha de ser considerado inocente hasta que la culpabilidad haya sido legalmente declarada. La presunción de inocencia, viene igualmente recogida como derecho fundamental en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11-1), al decir que: "toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".

Como igualmente se establece en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14-2: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".

Acerca de la presunción de inocencia, el TEDH y la Comisión han elaborado una abundante jurisprudencia, si bien la doctrina emanada de las Sentencias de nuestro Tribunal Constitucional parte esta doctrina constitucional del hecho de que la presunción de inocencia del acusado debe ser destruida dentro del juicio oral por una actividad probatoria de cargo, producida con las garantías procesales, y de la que pueda deducirse racionalmente la culpabilidad del imputado, para que pueda dictarse una sentencia de condena. No se conculcará el derecho a la presunción de inocencia si se ha dado en el juicio oral esa prueba de cargo, esgrimida y aportada por la acusación, y además tiene carácter de suficiencia para producir lógicamente el convencimiento del tribunal, que la apreciará en conciencia sin perjuicio de motivar cumplidamente su convicción.



#### **2.3.3.1. La etapa de investigación del delito.**

La investigación del delito es un presupuesto ineludible del juicio penal, pues ella contribuye, mediante los actos de investigación, a reunir los elementos probatorios que puedan fundar y cimentar la acusación fiscal, y con ello dar lugar al Juicio penal. Dicha investigación es un momento procesal único, que por mandato del art. 159º de la Constitución, le corresponde al Ministerio Público.

Sin embargo, según nuestra legislación procesal penal vigente, la fase de investigación del delito atraviesa por dos momentos: la investigación preliminar y la instrucción judicial, la primera bajo la dirección del Ministerio Público, y la segunda, bajo la dirección del Juez Penal. En la primera no hay problema, pues es el MP quien dirige dicha investigación preliminar, lo cual es acorde con la Constitución. En cambio, en la fase de instrucción judicial, quien lo dirige es el Juez Penal, conforme lo dispone el art. 49 del Código de Procedimientos Penales, de lo que se desprende un primer conflicto entre la norma procesal y la Constitución vigente, pues la potestad de investigar el delito, según la Carta Fundamental, le está confiada al Ministerio Público, y no al Juez Penal.

Además, dicha contradicción genera dentro del diseño constitucional del proceso penal, la violación del principio acusatorio, y por ende del debido proceso penal. Recordemos que según la doctrina procesal, el ejercicio de la acción penal es el conjunto de actos procesales que realiza el MP con la finalidad de ejercer la función de persecución penal. Comprende la investigación del delito,

la formalización de la denuncia, la acusación, y la defensa de la acusación en juicio. Sin embargo, la función investigadora, que es expresión de la titularidad del ejercicio de la acción penal, le es mutilada al Fiscal, durante la instrucción judicial, en donde es el Juez el director de la prueba y de la investigación del delito, surgiendo así una grave violación constitucional, pues hasta donde se conoce, el Juez Penal no debe ni puede sustituir al Fiscal, en el ejercicio de la acción penal. Y es justamente, eso lo que sucede en nuestro vigente proceso penal durante la fase de instrucción judicial.

De otro lado, como es sabido, la investigación del delito se inicia por lo general, a partir de la denuncia o noticia del delito. La denuncia puede ser, denuncia de parte cuando la denuncia lo realiza el propio agraviado, su apoderado o representante legal; denuncia por acción popular, cuando la denuncia la practica una persona que no es agraviada, pero como el delito es de ejercicio público se admite la denuncia por cualquier ciudadano. Otra forma de tomar conocimiento del delito es mediante la actuación de oficio del MP o de la PNP. A continuación vamos a identificar los momentos procesales en los que se vulnera la Constitución, durante la fase de investigación del delito, que como ya se indicó, atraviesa por 2 momentos: la investigación preliminar y la instrucción judicial.

#### **2.3.3.2. La investigación preliminar.**

La regla es que el MP al tomar conocimiento del delito defina si realiza o no la investigación preliminar. Efectivamente, planteada la denuncia de parte o conocido

de oficio el delito, el Fiscal debe decidir si apertura una investigación preliminar, formaliza o archiva la denuncia. Si la denuncia reúne todos los requisitos para promover la acción penal (que el hecho constituya delito, el autor este individualizado, la acción no esté prescrita), formaliza la denuncia.

En cambio, si la denuncia no reúne dichos requisitos, el MP tendrá la necesidad de aperturar una investigación preliminar o archivarla definitivamente. La investigación preliminar es aquella investigación pre jurisdiccional que realiza el MP con apoyo de la PNP, pero siempre bajo la dirección del MP, cuando es necesario reunir los requisitos para promover la acción penal. Estos requisitos son que el hecho constituya delito, se individualice al autor, la acción no esté prescrita, y en algunos casos, se cumpla con el requisito de procedibilidad.

La investigación preliminar tiene 2 fines: un fin individualizador y un fin probatorio. El primero está dirigido a determinar e identificar a la persona contra quien se ejercerá la acción penal. El segundo está dirigido a obtener la prueba mínima para ejercer la acción penal.

Hay que tener presente que por mandato constitucional, el MP es el director de la investigación del delito (fase preliminar), y como tal le corresponde realizar dicha investigación por sí mismo, o si considera pertinente delegarla a la PNP. La idea es que con la intervención del MP se pueda garantizar el respeto de los derechos fundamentales.

Durante la investigación preliminar, la participación de la PNP es decisiva en la investigación de los delitos, pues aporta el llamado principio a la primera intervención, que consiste en que es el primer funcionario penal que llega a la escena del delito, e incluso puede practicar intervenciones y detener en flagrancia. De esa manera se logra asegurar las evidencias que deja el delito, útiles para su esclarecimiento. El otro aporte fundamental lo proporciona su División de Criminalística, con la investigación científica del delito. Cuando la PNP requiera realizar una actuación probatoria importante, tiene que contar con la participación del MP, a fin de darle valor probatorio.

Cuando la investigación preliminar ha sido delegada a la PNP, al concluir dicha investigación, realizará un informe policial que puede tomar el nombre de Atestado Policial cuando la PNP concluye preliminarmente que hay delito y responsabilidad penal; y en Parte Policial, cuando la conclusión es porque no hay delito o responsabilidad penal. Ninguna de estas conclusiones vincula al MP, quien es el que al final el que lo valora.

Al concluir la fase preliminar, el MP debe tomar la decisión de archivar la denuncia o formalizarla: a) La archiva, cuando no hay lugar a promover la acción penal. Hay dos clases de archivamiento: definitivo o provisional. El primero puede ser porque no hay delito, la acción está prescrita o por aplicación de principio de oportunidad. Es Provisional, cuando se prueba el delito, pero aun no se ha

podido individualizar al autor; b) La Formaliza, cuando el MP ha reunido los requisitos antes mencionados y emplaza con su denuncia al JP competente para que éste abra el proceso penal formal, contra la persona denunciada.

#### **2.3.3.3. La instrucción judicial.**

Si el Juez Penal considera que la denuncia fiscal cumple con los requisitos que la Ley procesal exige, dictará el auto de apertura de instrucción. Este auto es la resolución judicial por la cual se da inicio al proceso penal formal, se funda la relación jurídica procesal penal, se legitima y concreta la imputación penal. El Juez al abrir instrucción debe observar el cumplimiento de los requisitos legales que le dan legalidad al proceso, como son que el hecho constituya delito (juicio de tipicidad), el autor esté individualizado, la acción no haya prescrito, y en algunos casos que la ley lo exija, se de cumplimiento al requisito de procedibilidad. En el auto de abrir instrucción, además de la decisión de apertura, existe otra decisión muy importante para el imputado, la decisión sobre la medida coercitiva que le corresponde aplicar. Estas dos decisiones deben ser motivadas por el JP. Comprende también, otros aspectos de tipo administrativo y de organización del plan de investigación como la programación de diligencias, el tipo de procedimiento, etc.

Según el Modelo vigente (mixto-inquisitivo), el Juez Penal es el director de la etapa procesal de instrucción, y tiene por consiguiente, la responsabilidad de alcanzar los fines de esta etapa: probar el delito y la responsabilidad del

imputado. Para ello el JP cuenta con la dirección de la actividad probatoria y la facultad de decretar medidas coercitivas en contra del imputado o terceros.

Este modelo procesal es violatorio de la Constitución en el extremo del art. 159 en el que señala que "Corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito...y, a ejercitar la acción penal de oficio...", lamentablemente, el juez de instrucción actualmente ejerce una facultad, que le corresponde al Ministerio Público, la función de investigación y de prueba del delito.

❖ ***La actuación probatoria***

El Juez es el director de la prueba. La prueba es el conjunto de medios (dato, elemento de juicio) que sirva al Juez para llegar a conocer con certeza un hecho. En el caso de la prueba penal, es el conjunto de elementos de juicio que permiten generar convicción en el Juez sobre la existencia de delito y responsabilidad penal. Dichos medios pueden ser producidos por el Juez, o los demás sujetos procesales.

La actuación probatoria está regida por principios constitucionales como son: el principio de inocencia, el in dubio pro reo, el principio de respeto a la dignidad de la persona, derecho de defensa; y por principios procesales que rigen directamente la actividad probatoria, por ejemplo: el principio de legalidad, principio de libertad probatoria.

- Principio de inocencia: Impone la obligación de no tratar como culpable al imputado durante el proceso. El imputado no tiene la obligación de probar su inocencia,

sino es el Ministerio Público quien debe probar su culpabilidad. Este principio se destruye con la demostración plena de la culpabilidad.

- Principio de in dubio pro reo: Es el principio que obliga al proceso penal a absolver al acusado, en caso que no se llegue a demostrar plenamente su culpabilidad. Dicha falta de certeza debe reflejarse en una duda razonable.
- Respeto de la dignidad de la persona humana: Este principio orienta al proceso a practicar la actuación probatoria y alcanzar sus fines, respetando los derechos fundamentales de la persona. Este principio prohíbe el empleo de violencia contra el imputado.
- Derecho de Defensa: Permite a la defensa del imputado el control y contradicción de las actuaciones probatorias.
- Principio de legalidad: Orienta a los funcionarios que tienen a su cargo la función probatoria, ha obtener la prueba con observancia a las formalidades previstas en la Ley y sin emplear ningún tipo de violencia física o moral contra las personas sometidas a investigación penal.
- Principio de libertad probatoria: Es el que afirma que el delito puede ser demostrado (verdad de los hechos) valiéndose de todo medio de prueba que existe actualmente o que en el futuro sea descubierto en razón del avance de la ciencia o la técnica. Su límite lo constituye la dignidad de la persona humana.

De otro lado, también resulta importante para el manejo de las categorías de la prueba, tener en cuenta los fines de la prueba, la fuente de prueba, el objeto, medio de prueba. La prueba tiene por finalidad proporcionar al Juez los medios para la averiguación de la verdad histórica de los hechos, los criterios para su valoración, y la convicción necesaria (certeza) para la decisión judicial.

- a) **Fuente de prueba:** Es todo hecho, acontecimiento, declaración, en fin, todo aquello que da origen a la necesidad de la prueba. Es donde se origina el objeto de prueba, aquel hecho específico que requiere ser probado pues ello es necesario para la averiguación de la verdad.
- b) **Objeto de prueba:** Es aquel hecho que requiere ser probado, y en donde va a incidir de forma concreta la actividad cognoscitiva del Juez. El objeto de prueba específico lo constituye no el hecho en sí, sino la afirmación que sobre él realizan las partes del proceso.
- c) **Medio de prueba:** Es el procedimiento previsto en la Ley, por la cual se debe incorporar una prueba al proceso. La mayor parte de problemas que afronta la prueba se da aquí, pues por lo general los funcionarios se ven tentados a capturar la prueba al margen de dichos procedimientos, afectando con ello la legalidad de la prueba.

#### **2.3.3.4. Conclusión de la instrucción.**

La instrucción concluye por vencimiento del plazo o porque ya ha logrado concretar los fines de la instrucción.



El trámite difiere según se trate de un proceso ordinario o un proceso sumario.

Si es el primero, da lugar al informe final del Juez Penal, previo dictamen final del Fiscal Provincial, luego de lo cual, con los alegatos de defensa que se presenten, sea elevado el proceso a la Sala Penal Superior y se continúe con el juicio oral si así corresponde. Lo más trascendente de este procedimiento, lo constituye la libertad por informes finales, cuando se ha acreditado la inocencia del imputado y existe coincidencia entre el Juez Penal y el Fiscal Provincial.

En el caso del proceso penal sumario, concluida la instrucción, el expediente es remitido al Fiscal para que emita acusación.

#### **2.3.3.5. La fase intermedia.**

Es característico del proceso ordinario mixto. Consiste en el conjunto de actos procesales y administrativos, que se realizan entre la instrucción y el juicio oral. Se inicia cuando el proceso ingresa a la mesa de partes de la Sala Penal Superior hasta antes de la instalación de la audiencia. Una vez que el proceso llega a la Sala, es remitido al Fiscal Superior en lo penal, quien puede opinar por:

**a) Plazo ampliatorio:** Cuando el Fiscal Superior considera que la investigación está incompleta, y no se puede pronunciar, pues faltan pruebas importantes. La Sala suele acceder a la solicitud del plazo, ordenando un plazo de prórroga de la instrucción.

**b) No haber lugar a juicio oral:** También el Fiscal Superior puede ser de la opinión que no está probado el delito, por lo que solicita el archivamiento definitivo del proceso. Si la Sala está de acuerdo con dicho dictamen, expedirá el auto de sobreseimiento definitivo. En caso de no estar de acuerdo, elevará el proceso al Fiscal Supremo en lo Penal. También existe la figura del archivamiento provisional, en el caso que esté probado el delito, mas no la responsabilidad del imputado.

**c) Acusación Escrita:** Es cuando el Fiscal Superior considera que está probado el delito y la culpabilidad del imputado, por lo que lo acusa ante la Sala Penal, y solicita se le imponga una pena y un monto determinado de reparación civil.

**d) Clases de Dictamen Acusatorio:** Hay 2 clases de acusación fiscal: acusación sustancial y acusación formal. Ambas, de plantearse, dan lugar a la realización inevitable del juicio oral, con la diferencia que -en el caso de la acusación formal- simultáneamente a la realización del juicio, se conceden facultades instructorias excepcionales a la Policía Nacional a fin de despejar la duda que pesa sobre la responsabilidad del acusado. Generalmente, una acusación formal concluye con sentencia absolutoria, por imposibilidad de la Sala de condenar en caso de duda. Se sostiene válidamente que la acusación formal es inconstitucional, por violar las garantías penales y el principio de la exclusividad de la función jurisdiccional. Tiene poca eficacia, por lo que existe el consenso de derogarla, de ahí proviene que

hoy en día sea poco usada. El Nuevo CPP ya no contempla la acusación formal.

En la fase intermedia no sólo se tiende a dar oportunidad para que se complete el material instructorio que permita la adecuada preparación y depuración de la pretensión punitiva, sino que es el momento de determinar si concurren o no los presupuestos necesarios para la apertura del juicio oral. Y quienes estén procesados tienen un indudable interés en ambos aspectos, por lo que no puede prescindirse de su intervención, pues el derecho de defensa del imputado se ostenta en todas las fases del proceso, incluida expresamente la fase intermedia.

#### **2.3.3.6. La fase del juzgamiento.**

Esta etapa es considerada la etapa principal del proceso penal ordinario, y consiste en una audiencia oral, pública y contradictoria, donde se debaten los fundamentos de la acusación fiscal, a fin de determinar si se declara fundada la pretensión punitiva del Estado o si se absuelve al acusado.

Aun cuando esta etapa fue considerada históricamente como una garantía del ciudadano acusado del delito, lo fue si tomamos en cuenta, lo oprobioso del proceso inquisitivo. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, se ha constatado que el llamado modelo mixto, no fue sino una mera reforma del proceso inquisitivo, y que el juzgamiento oral se ha visto desnaturalizado por los caracteres

inquisitivos de la instrucción. De ahí que Binder sostenga que se trata de un proceso inquisitivo reformado.

Esto, aparte de ser una contradicción en la evolución de los sistemas procesales penales, constituye evidentemente un grave problema en el sistema de garantías que diseña la Constitución para un debido proceso penal.

Como se sabe, la construcción dogmática del juicio oral le debe su espectro garantista, a un conjunto de principios<sup>72</sup> que orientan su desarrollo, sin embargo como veremos, ellos son violados sistemáticamente, por lo que cabría reafirmar que el juicio oral, al menos en nuestra legislación, no cumple con ser la garantía de una sentencia justa e imparcial.

Como sabemos, el juicio oral tiene un orden de actos procesales, los mismos que se encuentran informados por

---

<sup>72</sup> a) El Principio Acusatorio: No hay juicio sin acusación. Sólo se juzga el hecho punible que ha sido materia de acusación. Sólo se juzga a la persona que ha sido acusada. Si durante el juicio surge un nuevo hecho punible que vincula al acusado, o una nueva persona responsable del hecho punible, no se podrá juzgar, debiendo en dichos casos remitir copias al Fiscal provincial penal de turno.

b) Principio de Inmediación: Es la relación directa que existe entre la contradicción probatoria y los jueces del juicio, y que les permite un conocimiento directo y progresivo sobre el objeto del juicio, necesario para la formación de la convicción judicial.

c) Principio de unidad y continuidad del juzgamiento: Permite que el debate probatorio se realice preferentemente en un juicio de una sola audiencia o con un mínimo de suspensiones, a fin de permitir una máxima utilidad del principio de inmediación.

d) Principio de identidad física del juzgador: Garantiza que los mismos jueces que realizan el juzgamiento sean los mismos que dicten la sentencia. Esto es así para garantizar la inmediación. Sólo puede sustituirse un vocal, si son dos, el juicio se anula y debe iniciarse de nuevo.

e) Principio de contradicción: Garantiza que frente a cada argumento acusatorio, deba permitirse el argumento de defensa. La predominancia de la oralidad, facilita la contradicción procesal. Otra condición de la contradicción es la igualdad procesal.

f) Principio de congruencia: Garantiza que la sentencia se pronuncie sobre los hechos materia de juzgamiento, que a su vez también son materia de la acusación. Este principio complementa al principio acusatorio.

g) Principio de publicidad: Garantiza la publicidad de los juicios.

el principio de preclusión. Los más importantes actos procesales del juicio son:

**1. La instalación de la audiencia:** Es un acto formal, donde se verifica la concurrencia de los sujetos procesales, de los testigos y peritos.

**2. Lectura de la acusación:** El director de debates dispone que se de lectura a la acusación. Este acto procesal tiene por finalidad dar a conocer al acusado y al público presente, las razones por las cuales se va a realizar el juicio oral. Sin embargo, cuando se trata de una pluralidad de acusados, debe señalarse con la precisión necesaria, los cargos específicos que se le atribuyen a cada uno de los acusados, y no de forma general y hasta ambigua, como se hace. No olvidemos que la lectura de los cargos de la acusación fiscal al imputado, tiene por finalidad hacer conocer la imputación penal, para así permitir al procesado el ejercicio de su defensa; y, que la prueba reunida durante la investigación, la misma que ha servido de base a la acusación, debe permitir la atribución de cargos específicos a cada uno de los acusados, y ello a su vez, facilitar la correcta lectura de la acusación fiscal en el juicio oral, y garantizar el derecho de defensa.

**3. El Interrogatorio del acusado:** Este acto procesal es el primer rezago inquisitivo y el primer factor que tiende a desnaturalizar las garantías del juicio oral. Veamos, en el proceso inquisitivo la declaración del imputado era la diligencia más importante, donde se interrogaba al

acusado para obligarlo a confesar su culpabilidad, y prácticamente todo el procedimiento giraba en torno a ella. En nuestro ordenamiento procesal, el juicio oral no deja de tener como principal acto procesal, al interrogatorio del acusado, pues es el primer paso importante de la audiencia que se realiza, y es el que motiva, la vulneración de los principios de igualdad procesal, contradicción, imparcialidad y defensa. El principio de igualdad se quiebra cuando el art. 247° del Código de Procedimientos Penales vigente, establece que el interrogatorio del acusado por parte del Fiscal y el Tribunal será directo, mientras que para los Abogados Defensores será indirecto.<sup>73</sup>

Respecto a la vigencia del principio de contradicción debemos recordar, que éste se cimienta sobre la plena vigencia del principio acusatorio y del principio de defensa.<sup>74</sup> Además supone, la existencia de un Tribunal imparcial ajeno al conflicto, que luego de apreciar el debate y la contradicción, deberá resolver por la condena o la absolución del acusado. Lamentablemente, el carácter inquisitivo de la legislación procesal penal peruana, le otorga al

---

<sup>73</sup> El interrogatorio directo es más ventajoso para la defensa, pues el contacto directo e inmediato con el interrogado, permite y garantiza una mayor espontaneidad y sinceridad en las respuestas, a lo cual se debe agregar, el factor psicológico y la apreciación de los gestos y movimientos corporales, que denotan sinceridad o falsedad durante la declaración. En el indirecto todo esto se pierde, pues la eficacia del interrogatorio de los abogados queda expuesta, a la atención, interés o cansancio de los Magistrados, quienes bajo esa fórmula, deberán repetir la pregunta, y a su vez trasladar la respuesta.

<sup>74</sup> Forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación; también, ahora en el ámbito del derecho de defensa, la garantía de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le acusaba y de la que, por lo tanto, podía defenderse. Por "cosa" en este contexto no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae "no sólo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica".

Tribunal, facultades instructorias sobre el objeto del proceso, que se superponen a las conferidas al Fiscal por efecto del principio acusatorio. Efectivamente, el Tribunal penal, lejos de ser un órgano director del debate e imparcial, asume por efecto de la Ley vigente, facultades instructorias como, las conferidas por los artículos 244°, 245°, 246°, 247°, 251°, en donde asumen el rol de verdaderos jueces inquisidores, tratando de arrancar la verdad, a costa de hacer entrar en contradicción al declarante, y en otras, haciéndolo sentir culpable. Estas normas son contrarias a la idea de un proceso justo e imparcial, pues siembran en el Tribunal juzgador, elementos subjetivos de culpabilidad, los que por efecto de las facultades instructorias, se extienden durante todo el juicio, y de los cuales, no pueden despojarse al momento que deben sentenciar. A ello hay que agregar, la violación del principio de igualdad procesal durante el interrogatorio del acusado, la vulneración del principio acusatorio, al asumir el Tribunal facultades instructorias, la violación consiguiente del principio de imparcialidad, y finalmente, la violación del derecho de defensa, pues, al no tener las mismas armas (igualdad procesal), al vulnerarse la contradicción y la igualdad procesal, por no saber contra quien opone la defensa, contra el Fiscal o contra el Tribunal, el acusado se ve sensiblemente afectado en su derecho fundamental a la defensa.

En el mismo sentido valga precisar que el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de

'contestación' o rechazo de la acusación. Provoca en el proceso penal la aplicación de la contradicción, o sea, el enfrentamiento dialéctico entre las partes, y hace posible el conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el Juez los propios, el indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su base, y el ejercitar una actividad plena en el proceso. Así pues, "nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia.

#### **4. Examen de la parte civil con concurrencia**

**obligatoria:** Es el interrogatorio del agraviado. Es frecuente que de existir contradicción con la declaración del acusado, se realizan confrontaciones. Aquí también tiene lugar la intervención instructoria del Tribunal.

#### **5. Fase probatoria:** Integrada por el examen de testigos, el examen de peritos, confrontaciones, y la oralización de medios de prueba. El examen se realiza a través del interrogatorio, mientras que la oralización de medios de prueba, consiste en dar lectura a un acto de investigación introducida durante la instrucción o fase preliminar, a fin de expresar públicamente su valor



probatorio para con la pretensión que se está defendiendo y someterlo a la contradicción procesal.

Lamentablemente, debido a la dependencia y apego a la escrituralidad del modelo inquisitivo, y también al anquilosamiento del actual modelo procesal, la actuación oral y contradictoria de las pruebas, aporte trascendental para la formación de la convicción judicial, se deja de lado, se posterga con la mal llamada expresión "tenga por leída", perdiéndose así la valiosa oportunidad de apreciar la pureza de un debate probatorio de forma oral y pública.

Pero lo más grave es, que los actos de investigación introducidos durante la investigación policial o judicial, son "aparentemente" transformados mágicamente en "actos de prueba", por aquella acostumbrada frase de "téngase por leído". Esto genera una sistemática violación del debido proceso en su esencia más crítica.

El Fiscal y el Tribunal, quedan sometidos así a la influencia del proceso inquisitivo, cuando al momento de la realización de la acusación oral y de la sentencia, respectivamente, se remiten al expediente, dejando de lado (como si no tuviese valor o estar acostumbrados), lo debatido en la audiencia oral.

**6. Acusación oral:** Es el momento en que el Fiscal Superior, sobre la base de lo que se ha debatido durante el juicio, decide ratificar su acusación escrita, modificarla o retirarla. La modifica cuando se demuestra

durante el juicio que el acusado ha cometido otro hecho más grave, por lo cual se suspende el juicio, a fin que el Fiscal emita nueva acusación. La retira, cuando se acredita que el hecho por el cual se ha acusado, no es delito. Adjuntará por escrito las conclusiones sobre hechos.

**7. Alegatos de Abogados:** Son los alegatos orales que realizan los Abogados de la Parte Civil, del Acusado y del Tercero civilmente responsable, en ese orden. Adjuntarán por escrito sus conclusiones de hecho.

**8. Auto defensa del acusado:** Es la defensa sobre hechos que realiza el propio acusado.

**9. Suspensión de la audiencia para sentencia:** Concluido los alegatos de defensa y acusatorios, la audiencia se suspende para que se discuta la sentencia. Este paso no es obligatorio, pues la Sala puede dictar la sentencia sin suspender la audiencia. La sentencia es el acto procesal que contiene la decisión judicial sobre los hechos debatidos en el juicio. Si el debate probatorio del juicio ha generado convicción (certeza) que la acusación tiene fundamento, la sentencia será condenatoria. Por el contrario si no la tiene por que existe una duda razonable, o se ha acreditado la inocencia del acusado, se dictará una sentencia absolutoria. La sentencia en su forma, tiene la estructura de un silogismo: Premisa mayor (Ley aplicable), Premisa menor (hechos probados);

Conclusión (subsunción). Tiene también sus fundamentos fácticos y sus fundamentos jurídicos.

Se sabe muy bien, que el Juez no puede estar absolutamente sujeto a la acusación, e impedir (conforme al principio de legalidad penal material) que el órgano judicial corrija la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto del debate contradictorio.

No existe infracción constitucional si el Juez valora los hechos "y los califica de modo distinto a como venían siéndolo, siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso. En este sentido, el órgano judicial, si así lo considera, no está vinculado por la tipificación que en la acusación se deduzca.

## **2.4. Los principios procesales.**

### **2.4.1. Principio de legalidad.**

Cuando Feuerbach originó los fundamentos de la célebre fórmula enunciada en latín "*nullum crimen, nulla poena sine lege*",<sup>75</sup> asentó las bases del principio de legalidad, el cual, ha derivado analíticamente diversas garantías, las cuales son:

**a. Garantías sustantivas.** Consiste en que no hay tipo penal, pena y medida de seguridad sin ley escrita, estricta, cierta y previa; al respecto Ferrajoli comenta lo siguiente: "Dos logros

---

<sup>75</sup> Este principio fue incluido en la "Declaración de derechos del hombre y del ciudadano" de 1789 y un poco antes en la declaración norteamericana de Filadelfia de 1774. VELÁSQUEZ remonta este principio hasta el Código de Hammurabi (Ob. Cit. Págs. 261-263).

fundamentales de la teoría clásica del derecho penal y de la civilización jurídica liberal se traban con esta concepción. El primero es la garantía para los ciudadanos de una esfera intangible de libertad, asegurada por el hecho que al ser punible sólo lo que está prohibido por la ley... El segundo es la igualdad jurídica de los ciudadanos ante la ley: las acciones o los hechos, cualquiera que los cometa, pueden realmente ser descritos por las normas como “tipos objetivos” de desviación y, en cuanto tales, ser previstos y probados como presupuestos de iguales tratamientos penales...”.<sup>76</sup> Esta garantía implica tanto al legislador (como dador de las normas) como a los jueces (como aplicadores de las leyes) una visión de las normas legales dentro de un Estado de Derecho, es decir, que éstas no sólo sean vigentes, sino también, válidas.

**b. Garantías procesales.** Consiste en que nadie puede ser castigado sino en virtud de un proceso legal, y que la norma penal sólo puede ser aplicado por los órganos y los jueces instituidos por la ley para esa función (“*nemo damnetur nisi per legale iudicium; nemo iudex sine lege*”).

**c. Garantías de ejecución penal.** Consiste que no hay pena ni medida de seguridad sin adecuado tratamiento penitenciario y asistencial, sin tratamiento humanitario, y sin resocialización (“*nulla poena nulla mensura sine regimine legale, sine humanitae, sine resocializatione*”).

De los tres tipos de garantías, sólo incidiré en las garantías sustantivas, las cuales, Muñoz Conde comenta de la siguiente forma:

---

<sup>76</sup> FERRAJOLI, Luigi Ob. Cit. Pág. 36.

“... no cabe calificar de delito a las conductas que no se encuentran definidas como tales por la ley, incluso aunque sean desvaloradas socialmente o consideradas deshonestas o inmorales; del mismo modo, a las conductas delictivas no pueden aplicárseles penas distintas de las que están previstas en la ley”.<sup>77</sup> El citado autor desprende una serie de principios a partir de estas garantías, las cuales son: a) el principio de reserva de ley, b) el principio de taxatividad y seguridad jurídica, c) el principio de prohibición de retroactividad, d) el principio de prohibición de analogía y e) el principio *non bis in idem*.

En lo que respecta al principio de taxatividad y seguridad jurídica, éste consiste en que la ley debe establecer la conducta punible en forma clara y concreta; por lo que, se debe evitar el empleo, en los tipos penales, de conceptos excesivamente vagos, los cuales, no posibiliten una interpretación (por parte del juez) segura, así como, una enumeración excesivamente casuística.<sup>78</sup>

Este principio busca supuestos de hecho claros, así como, una interpretación judicial que no altere el contenido material de la norma jurídico-penal.

En lo que respecta, al principio de prohibición de analogía, éste consiste que, está prohibida la aplicación por analogía de la ley penal (art. 139 inc. 9 Const.). Por analogía se entiende al proceso por el cual son resueltos los casos no previstos en la ley, extendiéndoles a ellos las disposiciones previstas para casos semejantes. Sin

---

<sup>77</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Derecho Penal Parte General”, Pág. 103

<sup>78</sup> Cuestión aparte son los tipos abiertos, los cuales, el Juez los debe de cerrar para subsumir la conducta; no obstante un sector de la doctrina peruana precisa que todos los tipos penales de la parte especial son abiertos, porque el Juez debe tener presente las normas penales de la parte general (ej: tentativa, autoría y participación, determinación de la pena, entre otros).

embargo, el art. III del T.P. del C.P. establece la prohibición de la analogía perjudicial o *in malam partem*, al prescribir lo siguiente: “No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde”.

Al respecto, Villavicencio comenta lo siguiente: “La prohibición de la analogía sólo se aplica a la analogía perjudicial para el inculpado (*analogía in malam partem*), es decir, aquella que extiende los efectos de la punibilidad. Por el contrario, la analogía favorable (*analogía in bonam partem*) es aceptada a través de los procesos de interpretación que extienda analógicamente circunstancias atenuantes o causales personales de exclusión de la punibilidad”.<sup>79</sup>

Finalmente, en lo que respecta, al principio “*non bis in idem*”, éste consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez;<sup>80</sup> sin embargo, el problema consiste en: ¿afecta a este principio (al tipificarse penalmente la conducta de divulgación y/o secretos de empresa) si una misma conducta es sancionada administrativa y penalmente?. La respuesta no es unísona en seno de la doctrina, debido que, más se ha centrado en la distinción entre la sanción disciplinaria y la penal, distinción que no incide directamente al problema planteado;<sup>81</sup> siendo muy poco tratada las diferencias o semejanzas entre la sanción administrativa (ej: multa) y la penal.

---

<sup>79</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Luís Felipe. Ob. Cit. Pág. 63.

<sup>80</sup> En Alemania esta prohibición tiene rango constitucional; así el art. 103 III GG dispone la prohibición que una conducta sea castigada más de una vez con base en las leyes penales generales.

<sup>81</sup> El ilícito disciplinario son aquellas conductas realizadas por los funcionarios o servidores públicos en perjuicio de la organización pública donde se ha desempeñado el infractor, por lo que, se le sanciona en favor de la funcionalidad de la Administración.

Por ejemplo en Alemania, Jakobs considera la no violación del “*non bis in idem*” en la aplicación simultánea de la sanción disciplinaria y la penal, pero, no se pronuncia sobre la sanción administrativa: “Pero dado que las medidas disciplinarias dentro de su limitado ámbito de funcionamiento, pueden tener tanto carácter de pena como de medida de seguridad, deben observarse los siguientes principios para evitar la doble punición”.<sup>82</sup>

Asimismo, Maurach sólo se pronuncia, en forma muy breve, entre la multa penal y administrativa: “En la aplicación de multas, el derecho penal administrativo es independiente del derecho penal propiamente dicho... Asimismo, la determinación de la pena sigue reglas especiales”.<sup>83</sup>

Sin embargo, volviendo al problema planteado, Fernández ha comentado lo siguiente: “Si la sanción administrativa se aplica sin perjuicio de la penal -como lo declara sistemáticamente los respectivos estatutos- es porque tal sanción no pertenece al derecho criminal, ya que en éste no admite excepción el principio *ne bis in idem*”.<sup>84</sup>

Esta posibilidad (de lege lata) incide con mayor fuerza, porque la actual Constitución ha consagrado el principio del “*non bis in idem*” (como ocurre en Alemania), lo cual, en interpretación sistemática, se debe de partir en lo dispuesto en el art. 5 del C. de P.P., el cual, señala la excepción de cosa juzgada: “cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera, en el proceso penal seguido contra la misma persona”; por lo que, la

---

<sup>82</sup> JAKOBS, Günther. Ob. Cit. Pág. 74.

<sup>83</sup> MAURACH, Reinhart. Ob. Cit. Pág. 26.

<sup>84</sup> FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Ob. Cit. Pág. 57. Lo resaltado es mío.

prohibición de la doble sanción de una misma conducta incidiría entre sanciones penales.

#### **2.4.2. Principio de presunción de inocencia.**

El principio de inocencia o presunción de inocencia es un principio jurídico que se basa en que toda persona es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad. En caso de que el juez no esté seguro de ésta, y así lo argumente en la sentencia, deberá entonces dictar un fallo absolutorio.

La presunción de inocencia es uno de los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en tratados internacionales sobre derechos humanos como, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias a su defensa.

Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

*Garantías judiciales* [...] Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad [...]

Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos

Tal como se le concibe actualmente, el principio de presunción de inocencia tiene una doble dimensión. De un lado, es regla probatoria



o regla de juicio y, de otro, regla de tratamiento del imputado. No obstante la diversa matriz cultural originaria de cada una de estas dimensiones, hoy aparecen estrechamente interimplicadas en el concepto, en su habitual versión constitucional y en el tratamiento doctrinal, y, en rigor, no es posible concebirlas separando a una de la otra. En efecto, si el imputado debe ser tratado como si fuera inocente es porque, estando sometido a proceso, su culpabilidad no ha sido declarada por sentencia y, además, podría no llegar a declararse, prevaleciendo definitivamente la inocencia. Es por lo que Ferrajoli ha conceptualizado a la presunción de inocencia como garantía, al mismo tiempo, de libertad y de verdad.

Aunque cabe rastrear antecedentes del principio que nos ocupa en momentos históricos anteriores, lo cierto es que su primera teorización moderna se produce teniendo como marco el pensamiento jurídico de la Ilustración. En este punto es de referencia obligada la expresiva formulación de Beccaria: "Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida". Y también la propuesta de Filangieri, de "tratar al acusado como ciudadano, hasta que resulte enteramente probado su delito". Ambos autores, bien representativos de la antes aludida como la matriz continental del principio, cifran lo esencial del mismo en servir de fundamento a un nuevo modo de concebir la condición y situación procesal del imputado. Tal es igualmente el sentido con que aquél resulta acogido en un texto tan significativo como la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789.

La presunción de inocencia, calificada también como un estado jurídico, constituye hoy un derecho fundamental reconocido

constitucionalmente. Lejos de ser un mero principio teórico de derecho, representa una garantía procesal insoslayable para todos; es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio.

De la Constitución Nacional surge que no se puede tratar como culpable a una persona a quién se le atribuya un hecho punible cualquiera sea el grado de verosimilitud en la imputación, hasta que el estado, por medio de sus órganos pronuncie una sentencia penal firme que declare la culpabilidad y lo someta a una pena.

Esta garantía es propia de un estado de derecho y forma parte del sistema de enjuiciamiento que tenemos en la Argentina; además que se deriva de la garantía del juicio previo, tal como he enunciado en la introducción de la presente.

Dicha garantía es la que inspira al proceso penal de un Estado democrático. La presunción de inocencia como derecho fundamental es un logro del derecho moderno, mediante el cual todo inculcado durante el proceso penal es en principio considerado inocente.

La presunción de inocencia es muy importante en nuestro sistema de justicia, además denota un alto grado de democracia y de civismo. El derecho de la presunción de inocencia es de avanzada, ya que por ejemplo, en Europa la presunción de inocencia no existe. En Europa el sospechoso o acusado tiene la obligación de probar su inocencia.

En nuestro sistema de justicia en cambio, el sospechoso o acusado no se encuentra obligado a probar su inocencia, ya que por el contrario, es el estado el que tiene la responsabilidad de probar la comisión del delito.

Los Estados tienen no solo el derecho sino también la obligación de combatir la violencia en el marco del respeto de la legalidad, de los derechos humanos y del estado democrático de derecho. No todas las limitaciones a los derechos humanos constituyen por lo tanto una violación a los mismos. No obstante, es menester recordar que debe existir un justo equilibrio entre el goce de las libertades individuales y el interés general en torno a la seguridad nacional.

La Corte Interamericana ha sido clara al respecto al manifestar que: *“(...) Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral.”*

Asimismo aquel órgano internacional también ha sostenido que: *“el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables”,* agregando también que *“el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.*

Inocente, en la acepción académica del término es aquel que se halla libre del delito que se le imputa. Todo hombre tiene derecho a ser considerado inocente mientras no se pruebe que es culpable.

*“Mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, aún cuando con respecto a ellos se haya abierto causa penal y cualesquiera sea el progreso de la causa. Es un estado del cual se goza desde antes de iniciarse el proceso y durante todo el periodo cognoscitivo de este (...)”*

*“El mencionado principio es aquel conforme el cual la persona sometida a proceso disfruta de un estado o situación jurídica que no requiere construir sino que incumbe hacer caer al acusador”.*

La garantía es a “ser tratado como inocente”, lo cual no implica que de hecho lo sea, y es por ello que dicha garantía subsiste aunque el juzgador posea total certeza de su culpabilidad; ya que en la realidad una persona es culpable o inocente al momento de la comisión del hecho delictuoso.

El imputado goza durante el proceso de la situación jurídica de un inocente. Así es un principio de derecho natural aquel que indica que *“nadie puede ser penado sin que exista un proceso en su contra seguido de acuerdo a los principios de la ley procesal vigente. Ahora bien, a este principio corresponde agregar lo que en realidad constituye su corolario natural, esto es, la regla de la presunción de inocencia, la cual se resuelve en el enunciado que expresa que todo imputado debe ser considerado como inocente (para nosotros debe decirse no culpable hasta que una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada afirme lo contrario)”*.

La inviolabilidad de la defensa en juicio exige que el imputado sea tratado “como un sujeto de una relación jurídico procesal”, contraponiéndose a que sea tratado como un objeto pasivo en la

persecución penal, o sea una persona con el rótulo de inocente al cual se le nutre de determinados derechos para poder responder a la acusación a la cual deberá enfrentar.

#### **2.4.3. Principio *in dubio pro reo*.**

*In dubio pro reo* es una locución latina, que expresa el principio jurídico de que en caso de duda, por ejemplo, por insuficiencia probatoria, se favorecerá al imputado o acusado (*reo*). Es uno de los pilares del Derecho penal, que va íntimamente ligado al principio de legalidad, y podría traducirse como "ante la duda, a favor del reo".

Su aplicación práctica está basada en el principio de que toda persona es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad. En caso de que el juez no esté seguro de ésta, y así lo argumente en la sentencia, deberá entonces dictar un fallo absolutorio.

Este principio no se considera aplicable a todo el Derecho penal, pues, aunque se ha barajado que la interpretación de las normas debería ser a favor del reo (por ejemplo, ante dos posibles interpretaciones de la ley, debería elegirse aquella que suponga una menor pena para el reo), se ha descartado dicha posibilidad.

Aunque las reglas interpretativas del Derecho penal no son iguales a las del resto de ramas del Derecho, verbigracia, no está permitida la analogía extensiva que amplíe los supuestos penados por la ley (analogía *in malam partem*), por lo general, el juez tiene libertad para optar por la interpretación que más se acerque, dentro de la literalidad, a la voluntad del legislador, y sin tener que estar por ello sujeto a la norma *in dubio pro reo*.

#### **2.4.4. Principio de defensa.**

Uno de los derechos constitucionales más relevantes, es el derecho de defensa, consagrado en el Art. 139 Inc. 14 de la Constitución, por virtud de él se garantiza que las personas, en la determinación de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral) no queden en estado de indefensión.

Toda persona tiene derecho a elegir a su abogado defensor, elección que debe ser manifestada libre y voluntaria en forma expresa e indubitable ante la autoridad judicial. En la doctrina española el Profesor Picó I. Junoy comentando el derecho a la asistencia letrada a referido que *“este derecho comporta que el interesado, pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa”*.

El Contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa garantiza que toda persona sometida a detención policial o judicial, deba ser informada irrestrictamente de las razones que lo promueven y que, desde su inicio, hasta su culminación, pueda ser asistida por un defensor libremente elegido.

El Derecho de Defensa es un derecho fundamental e imprescindible en un debido proceso. Es el derecho subjetivo público individual del imputado de acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad; constituye una actividad esencial del proceso, integrando el triángulo formal de la justicia represiva, en cuanto nadie puede ser condenado sin ser oído ni defendido.

También se concibe a la defensa como el derecho inviolable, público y subjetivo que tiene toda persona para poder cautelar sus derechos cuando es imputado de un acto delictuoso. Se funda en el principio de la libertad. Es un poder que la ley confiere al hombre para impedir cualquier sanción. Responde a la idea de protección de amparo, frente al ataque que supone la contienda procesal bajo el cual subyace el conflicto de intereses y libertades, que si bien afectan a cuantos intervienen en el mismo, tiene una especial significación respecto del imputado, constituyendo un derecho consagrado constitucionalmente.

CARROCA PEREZ advierte dos dimensiones del derecho de defensa: *a) como derecho subjetivo*; y, *b) como garantía del proceso*. En lo que respecta a la primera dimensión, es visto como un derecho fundamental que pertenece a todas las partes del proceso, cuyas notas características son su irrenunciabilidad (la parte no puede decidir que no se le conceda la oportunidad de defenderse) y su inalienabilidad (no puede ser dispuesta por su titular, ni su ejercicio puede serle sustraído ni traspasado a terceros). En cuanto a su segunda dimensión, de carácter objetivo institucional, la defensa constituye un verdadero requisito para la validez del proceso, siempre necesaria, aun al margen o por sobre la voluntad de la parte, para la validez del juicio.

El derecho de defensa configura una amplia gama de garantías que cuenta el imputado o acusado en materia penal. Estas se pueden sintetizar en las siguientes:

#### **1. Derecho del detenido a ser comunicado sobre la imputación.**

De la detención de una persona por las autoridades competentes, surge la necesidad de éste de ejercer su derecho a la defensa, de allí que nuestra Constitución en su artículo 139º

inciso 15 prescriba el principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las razones o causas de su detención. La razón o causa de la detención debe consistir en una noticia íntegra, clara, precisa, circunstanciada y oportuna del hecho concreto que se atribuye al imputado. Si resultara que sólo se da cumplimiento del deber de comunicación de la imputación, obviando alguno de estos requisitos, no se estará cumpliendo con la totalidad de elementos que caracterizan jurídicamente a la imputación, se estaría provocando la privación del derecho a ser oído y, con ello, la facultad de influir eficientemente por esa vía, en la decisión respectiva. Hay dos aspectos que merecen ser destacados: a) El alcance y las características de la información que se deben otorgar al acusado; y, b) La prontitud con que se le debe proporcionar dicha información.

**2. Derecho al tiempo y las facilidades necesarias para la defensa.** Como se puede ver de esta garantía se desprenden dos aspectos: a) La consideración del tiempo necesario para la preparación de la defensa; y, b) la facilitación de los medios necesarios para la preparación de la defensa.

**a. Tiempo necesario para la preparación de la defensa.** mientras que la parte acusadora puede con frecuencia haber estado preparando un caso durante un largo periodo antes del comienzo del proceso, la defensa deberá confrontar la evidencia acumulada por la acusación, encontrar testigos, presentar sus propios medios de prueba y examinar y rebatir los argumentos jurídicos de la parte acusadora en el lapso sustancial más breve.



Qué tiempo es el “adecuado” o el “necesario” para la preparación de la defensa, ello dependerá de la gravedad del delito, las dificultades para obtener evidencias a favor de la defensa, el número de personas acusadas en el mismo proceso, la novedad u originalidad de los problemas jurídicos que se requiere examinar, etc.

- b. Medios adecuados para preparar la defensa.** Esta garantía implica el derecho del acusado a comunicarse privadamente, sin censuras ni interferencias de ninguna especie, con quien le asista en la preparación de su defensa. Sin embargo, esta garantía también incluye el derecho a comunicarse con otras personas distintas del defensor.

También implica el acceso a documentos necesarios para la preparación de la misma, y muy especialmente a aquellos que han sido sometidos a la consideración del los juzgados o Salas Penales y que forman parte del proceso.

- 3. Derecho a contar con un intérprete.** Es esencial que se le proporcione un intérprete que le ayude a comprender todo lo que se pueda decir en el juzgado o sala penal y todos los documentos o pruebas que se le puedan someter. El propósito de esta garantía es no sólo permitir al acusado presentar argumentos en su defensa, ofreciendo su propia versión de los hechos y su interpretación del derecho aplicable, sino que, lo que es más importante, permitirle familiarizarse con la evidencia y los argumentos legales presentados por la parte acusadora.

- 4. La asistencia del imputado por un Abogado defensor.** Es referida a aquella defensa ejercida generalmente por un abogado

y sólo en algunas otras legislaciones, por excepción al propio imputado; se ejerce mediante instancias, argumentaciones, alegatos u observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal. Exige lógicamente conocimientos jurídicos de que, el imputado en la mayoría de casos carece; sin ellos, él no podría defender eficazmente, y la defensa, por ende, no respondería a los fines de su institución.

El defensor tiene la función de incidir en los hechos materia de autos, pero fundamentalmente en el derecho. El defensor es un auxiliar de la justicia pero no como órgano imparcial que procura el triunfo de la verdad aunque traicione a su cliente, sino como engranaje ineludible del marco instrumental que el derecho predispone para garantía del individuo y de la sociedad.

La defensa técnica fundamentalmente presupone asistencia y representación, la primera referida al aporte técnico a la defensa material, informa acerca de los derechos e intereses que la ley le acuerda o reconoce, en relación a los pro y contra que franquean al imputado tanto a nivel de los hechos que se le inculpan como al derecho etc. El segundo presupuesto de la defensa técnica es la representación, es decir que representa al imputado -valga la redundancia- a lo largo de todo el proceso, salvo en aquellos actos en que la ley exige una participación personalísima del procesado.

Es importante remarcar que la defensa tiene tres características fundamentales: pública, libre y profesional: así, es pública porque cumple una función en este orden, si bien es cierto que el defensor, defiende los intereses privados del procesado, pero su accionar va encaminado a una finalidad de orden social<sup>10</sup>; es

libre porque no admite restricción alguna salvo las establecidas por ley; y es profesional porque es solicitada por determinada persona especialista en derecho.

**5. El derecho a la Autodefensa.** La autodefensa consiste en la intervención directa y personal del inculcado en el proceso, realizando actividades encaminadas a preservar su libertad: impedir la condena u obtener la mínima sanción penal posible. Llamada también defensa material, y como dijera VÉLEZ, "es la que se realiza mediante manifestaciones que el imputado puede hacer en el proceso, declarando cuantas veces sea necesario (tanto en la etapa preliminar, en la instrucción como en el juicio oral) siempre que sus declaraciones sean pertinentes". Corroborar en este sentido la afirmación que la autodefensa es un hecho instintivo y natural del hombre y la ley permite esta actividad personal, que no significa en modo alguno una absoluta libertad para el ejercicio de la defensa personal. El derecho a la postulación en el proceso le permite al imputado presentarse al Juez conjuntamente con su defensor alegando el derecho que le asiste

**6. Derecho a confrontar la evidencia presentada por la acusación.** Este derecho le permite examinar –personalmente o por medio de su defensor las pruebas acumuladas en su contra, descalificarlas, criticarlas o incluso en su propio favor. Admitir que el acusado pueda ser condenado en virtud de documentos que no ha tenido ocasión de conocer, o de testimonios que no ha podido refutar, sería aceptar un procedimiento viciado desde un comienzo y diseñado para condenar. Si el propósito de todo proceso criminal es hacer justicia, y si un principio fundamental del derecho a un juicio justo es el derecho del acusado a

defenderse, para que tal defensa sea efectiva deben ponerse a disposición del inculcado todos los medios indispensables para la preparación de la defensa.

- 7. El derecho de no ser obligado o inducido a declarar contra sí mismo o a declararse culpable.** Este derecho es una de las manifestaciones del Derecho de Defensa, y en particular corresponde al deber que impone la norma de no emplear ciertas formas de coerción, para privar al imputado de su libertad de decisión como informante (transmisor de conocimientos) en su propio caso, reside, por último, evitar que una declaración coactada del imputado pueda ser valorada como elemento de cargo en su contra.

## **2.5. Los derechos procesales.**

### **2.5.1. Derecho a la no autoincriminación.**

No cabe duda que el resguardo de un derecho y garantía constitucional del proceso exige la existencia de salvaguardas normativas, que llamamos mecanismos procesales de protección. Así, en el derecho a la no incriminación, estos mecanismos son:

- A. La delimitación entre No-Incriminación y Confesión.** El límite entre confesión y una declaración que violente la garantía de no incriminación se encuentra en la voluntad y en el cumplimiento de los presupuestos que garanticen su libertad de declarar, esto es la asistencia de un abogado defensor y la información de su derecho a guardar silencio. La afirmación de que "no todo está permitido en la búsqueda de la verdad" debe ser una regla al momento de evaluar la licitud de una declaración.

"La confesión en el proceso penal es solamente un indicio de la autoría del acusado, Este indicio requiere, por su parte, la investigación y examen por el tribunal, de oficio...".<sup>85</sup>

Algunas Estados regulan de manera expresa la prohibición de que una condena del acusado pueda basarse sólo en la confesión y otros de modo indirecto, como nuestro Código de Procedimientos Penales, señalan que la confesión no releva al Juez de practicar otros medios probatorios.

Si el Derecho a la no incriminación contradice la aplicación de la atenuante de la llamada confesión sincera, es un aspecto que ha sido puesto en el tapete por algún recurrente ante el Tribunal Constitucional español, al fundamentar su pedido en que ..."para apreciar la atenuante se exige una declaración contraria a los intereses del inculpado, una declaración"; lo cual ha sido rechazado por dicho órgano pues como se ha señalado en la STC 75/1987, Fj 1º y 2º ..."ligar un efecto beneficioso a la confesión voluntariamente prestada no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere".

Los institutos de conformidad, por las cuales el inculpado acepta la comisión de los hechos y la imposición de una pena a fin de terminar el proceso y en general las negociaciones que incluyen una colaboración del procesado en la formulación de las pruebas de cargo, han sido cuestionadas desde antiguo, por considerar que vulneran la no incriminación al viciar la voluntad con promesa de menor sanción.

---

<sup>85</sup> ROXIN, Claus, Günther ARZT y Klaus TIEDEMANN. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal. Barcelona Ariel, 1989, p. 159.

Estas negociaciones fueron calificadas de inmoralidades por el insigne Carrara, ya que en estricto se alteran las garantías de la presunción de inocencia y la no incriminación. Actualmente este tema está supeditado a la disposición o voluntad del procesado y se encuentra limitado en nuestro sistema a la aceptación de pena y al control del acuerdo.

**B. Prohibiciones probatorias.** La prueba ilícita es aquella prueba obtenida o practicada con violación de los derechos fundamentales.

¿Cuál es la sanción para las declaraciones obtenidas con cualquier tipo de coacción? Según algunos como Carocca Pérez, cualquier diligencia practicada en esas condiciones sería absolutamente nula por violentar el derecho de defensa y que, tal como señala Gimeno Sendra, no debe admitirse siquiera como prueba de valoración prohibida.<sup>86</sup>

La doctrina alemana ha debatido además sobre si las declaraciones o confesiones obtenidas sin cautelar el derecho a informar, sobre el derecho a guardar silencio o de su derecho a consultar con un abogado defensor, pueden ser sancionadas con la prohibición de ser utilizadas.

Según enseña Gimeno Sendra, en este punto, el término "coacción" debe tomarse en forma lata, "de este modo constituye declaración viciada la que se presta bajo el apercibimiento de

---

<sup>86</sup> CAROCCA PÉREZ, Alex. La Garantía Constitucional de la Defensa Procesal, p. 484.

"cargos" (vgr. La de un inexistente delito de falso testimonio) o "reconvención" (la obtención de una declaración bajo apercibimiento de proceso a un familiar o mediante la conminación de la prisión provisional) (...) ventajas materiales (así, el ofrecimiento de droga al detenido bajo "síndrome de abstinencia") o procesales; en este último caso cabe entender incluido el, por la doctrina italiana denominada, "chiamata del correo" o declaraciones de los "pentiti" o "arrepentidos" y en general, toda declaración del coimputado prestada contra otros..."<sup>87</sup>

**C. La precisión del alcance de la no incriminación sobre los hechos.** El reconocimiento del derecho a la no incriminación exclusivamente sobre los hechos, requiere una regulación expresa. De ese modo se encuentra legislado en Argentina, que en el artículo 298° de su Código procesal establece que se informará al inculcado que se puede abstener después del interrogatorio de identificación. Similar regulación encontramos en Costa Rica.

El Código Procesal Penal Colombiano en sus artículos 358 y 359 establece que la advertencia de que no tiene la obligación de declarar es previa incluso al interrogatorio de identificación, con lo cual se recoge la posición amplia de la regulación de la garantía de no incriminación.

En lo referente a nuestra legislación, no existe en el Código de Procedimientos Penales alguna referencia sobre lo que puede

---

<sup>87</sup> GIMENO SENDRA, Vicente, Víctor MORENO CATENA, Valentín Cortés Domínguez. Derecho Procesal Penal Ob. cit., p. 392

ser objeto de este derecho, es decir si está limitada solamente a los hechos o incluye la información sobre su identificación.

### **2.5.2. Derecho a guardar silencio.**

Una persona involucrada en un proceso penal considera que tiene el deber de declarar o en todo caso siente que la declaración es un modo de justificar o disculpar su accionar, y al no ser informado de su derecho al silencio, considera que es la única expresión de su derecho de defensa. Es por ello que Informar o advertir sobre el derecho a guardar silencio es "un presupuesto esencial para el ejercicio del ius tacendi, en tanto que, cumpliendo una función informativa, va a permitir la elección del tipo de comportamiento.

Su función no es influir sobre la conducta del sujeto, sino hacerle saber su situación jurídica y las posibilidades sobre la que puede orientar su defensa ante el interrogatorio".<sup>88</sup>

El deber de informar resulta más imperativo en países como el nuestro con cultura inquisitiva y donde los mismos actores de la justicia penal tienen una idea errada del alcance de este derecho.

El informar adecuadamente debe constituirse en un deber del personal policial, fiscal o judicial al cual se enfrenta un inculpado, ya que sólo es posible que las declaraciones del inculpado funden una acusación absolutoria o exculpatoria si es que se demuestra "que se aplicó medios procesales efectivos para asegurar al inculpado el goce de la garantía de no autoincriminarse".

---

<sup>88</sup> REVILLA GONZALEZ, José-Alberto. El Interrogatorio del imputado. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000. p. 38



Este mecanismo procesal de informar sobre el derecho a guardar silencio no se encuentra positivizado en muchas legislaciones, a pesar de constituirse en la primera salvaguarda al derecho a guardar silencio.

En EE.UU. las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia en los casos Escobedo vs. Illinois y Miranda vs. Arizona establecieron el deber de informar al inculcado previamente a un interrogatorio "el derecho que tiene a guardar silencio, de que cualquier declaración que haga puede ser usada en su contra y de que tiene derecho a la presencia de un abogado".

En Europa, encontramos en la regulación procesal alemana, que el inculcado deberá ser informado sobre su derecho a declarar o no. Esta información deberá ser repetida cada vez que se presente a distintos órganos persecutorios e incluso existe el deber de informar nuevamente de este derecho cuando el objeto del interrogatorio ha cambiado o se ha ampliado.<sup>89</sup>

En España se establece que se informará al inculcado en su primera comparecencia de su derecho a guardar silencio.

En el ámbito latinoamericano resulta bastante avanzada la regulación constitucional paraguaya de 1992, que consagra el derecho al silencio y a ser informado de este derecho. Similar regulación se observa en la legislación procesal costarricense donde se señala expresamente el derecho al silencio.

---

<sup>89</sup> Cfr. ESER, Albin. Temas de Derecho Penal y Procesal Penal. Ob. cit., p. 23-24.

Es interesante la regulación establecida en Costa Rica pues al reglamentar la información del derecho de declarar, exige que no sólo se informe de que goza de este derecho sino que se informa además que "puede abstenerse a declarar sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad y que puede requerir la presencia de su defensor."

En Cuba el Código de Procedimientos Penales señala la obligación del instructor de instruir al inculcado sobre el alcance de su derecho a declarar si es que "quisiera hacerlo".

En Chile y Perú existe una práctica judicial por el cual se acepta que el inculcado se pueda negar a declarar, pero no existe la práctica de informar que se tiene de este derecho.

En Colombia encontramos lo que se conoce como advertencias previas al indagado: 1º) que no va a juramentar, 2º) que es voluntaria, 3º) que no tiene la obligación de declarar contra.<sup>90</sup>

Las fórmulas de países como Colombia y Argentina no son del todo felices, ya que "Al parecer, lo constitucionalmente exigible es que se le brinde al imputado la posibilidad de "oponerse" al acto, sin que exista obligación ninguna de comunicarle que él goza de este derecho. A eso habría quedado reducida esta garantía en el ámbito judicial".<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Además que sólo tendrá valor probatorio la confesión cuando el inculcado haya sido informado de su derecho a guardar silencio

<sup>91</sup> CARRIÓN D., Alejandro. Garantías Constitucionales en el proceso penal. Santa Fe de Bogotá, E.J. Gustavo Ibáñez, 1995, p. 283.

En Argentina, en su Constitución de 1994 se encuentra regulada, entre otras, la garantía de no ser obligado a declarar en su contra, la falta de regulación procesal expresa imposibilitó su desarrollo.

El derecho a ser informado se encuentra íntimamente ligado con el derecho a ser asistido por un abogado defensor pues "es evidente que para numerosos inculpadados el derecho de hacer o de no hacer declaraciones y el derecho a disculparse serán puramente teóricos si en el momento de ser informados de estos derechos no tienen la posibilidad de llamar a un defensor."<sup>92</sup> Lo cual implica que al mismo tiempo que son informados de su derecho a guardar silencio deben ser informado de su derecho a contar con la asistencia de un abogado defensor.

¿En qué momento debe informarse estas advertencias?

Esta información sobre los derechos de los inculpadados, llamadas "advertencias", se encuentra ligada también a la forma como se imparte, es decir se debe observar cuál es el medio; si la atmósfera es "amenazante" es obvio que las advertencias no tendrán efecto.<sup>93</sup>

¿Cuántas veces se debe informar?

El ejercicio del ius tacendi debe repetirse en los diversos supuestos de declaración.

En nuestro país no existe el deber de informar al inculpadado de este derecho y prácticamente pareciera desprenderse que existe el deber de declarar, claro está sin ser constreñido a ello, por lo cual en la práctica la garantía no se cumple en la etapa de investigación

---

<sup>92</sup> COLAUTTI, Carlos. Derechos Humanos. Buenos Aires, Universidad, 1995, p. 105.

<sup>93</sup> Ibidem, p. 611

policial, ni judicial.<sup>94</sup> Es más no existe un capítulo dedicado al imputado y a sus derechos en el Código de Procedimientos Penales.

En el Proyecto del Código Procesal de 1995 se establece los derechos del imputado y entre ellos se consigna la abstención de declarar, sin embargo al regular la declaración del imputado no se establece el deber de informar sobre su derecho. Si bien no se ha regulado legislativamente una sanción a la omisión de informar sobre el derecho a guardar silencio, esta sanción está implícita en el contenido del derecho a declarar; sanción que no es otra que la no utilización de la declaración prestada.<sup>95</sup>

De hecho el reconocer el derecho al silencio, trae como consecuencia necesaria que no cause ningún efecto en perjuicio de quien lo ejerce.

Esta no presunción de responsabilidad del silencio, no ha sido entendida del todo y ha generado regulaciones tales como el equívoco art. 127 del Código de Procedimientos Penales que establece "que el juez le manifestará que su silencio puede ser tomado como indicio de culpabilidad". El estudio de este derecho nos hace comprender la inconstitucionalidad de ciertas regulaciones. Esta norma se encuentra derogada tácitamente en virtud de lo dispuesto por el reconocimiento constitucional del derecho a la no

---

<sup>94</sup> Cfr. RIEGO, Cristián. El proceso penal Chileno y los Derechos Humanos. Santiago de Chile, Escuela de Derecho Diego Portales, 1994, p. 64-65.

<sup>95</sup> REVILLA GONZALEZ señala que la inutilización debe alcanzar incluso a aquellas otras pruebas derivadas del conocimiento adquirido a partir de esas declaraciones obtenidas con vulneración del referido derecho (prueba refleja o derivada), al encontrarse dentro de lo que se conoce como the fruit poisonous tree. (REVILLA GONZALEZ, José-Alberto. El Interrogatorio del imputado. Valencia, Tirant lo Blanch,, 2000. p. 43)

incriminación.<sup>96</sup> El Código Procesal Penal supera esta regulación y establece en su art. 123 que en caso de que el imputado se negare a declarar se dejará constancia en el acta.

El silencio como derecho no puede generar ninguna consecuencia en perjuicio de quien se ampara en él. No puede además ser considerado como indicio de culpabilidad, ni se le equipara aquel dicho que dice "el que calla otorga" ni se le puede dar al inculcado un tratamiento igual al rebelde civil, donde el callar otorga presunción de que los hechos que expresa la parte contraria son ciertos.

Esta falta de efecto está estrechamente relacionada con la carga de la prueba, ya que no es de cargo del inculcado el probar que es inocente y por eso puede callar si quiere y no colaborar con la administración de justicia, pues no se le puede pedir a una persona que colabore en su propia condena.

### **2.5.3. Derecho a mentir.**

En atención a la conceptualización, tendrá que percibirse una verdadera situación o estatus de coimputado en el proceso penal. Esto es, tendrá que ser, ante todo, un imputado o encausado. Surge la pregunta entonces acerca de a partir de qué momento una persona natural incluida dentro de los límites de las investigaciones, debe ser considerada como "imputado". En tal sentido, se tendrá que distinguir entre una imputación material o implícita que es aquella condición que nace de la admisión de una denuncia o una querella y no de la simple presentación de las mismas por cuanto la situación material del imputado no puede inferirse, de la mera indicación hacia

---

<sup>96</sup> CUBAS VILLANUEVA, Víctor y otro. Código de Procedimientos Penales. Lima, Palestra Editores 1999, p. 114, a propósito del art. 127 de este Código.

un sujeto como supuesto autor del hecho punible, y otra imputación formal o explícita que vendría representada por el auto de procesamiento en sede judicial.

Por otro lado, en el caso, si varios sujetos están sometidos a un único proceso, de tal manera que si uno de ellos declara instructivamente que otro u otros también están comprendidos en el evento criminal, se evacuará en el concepto lógicamente de imputado. Mientras que, de no darse aquella situación, esto es, que los sujetos son juzgados en procedimientos separados, o siendo juzgados en proceso único el sujeto que propaló se dictó respecto de él un auto de sobreseimiento o archivamiento, aquél vertirá en calidad de testigo por estar ajeno a la relación jurídico-procesal antagónica (acusación y defensa).

En cuanto a su naturaleza jurídica, la declaración del coimputado, como se sabe, no es propiamente una declaración testimonial, porque el que declara tiene la calidad de encausado o procesado; tampoco puede ser considerado como una confesión sincera tal como lo prevé el art. 136º in fine del C de PP, porque no supone reconocer la propia responsabilidad, sino la de atribuir a otro coimputado su intervención en un determinado suceso delictivo en la que ambos son procesados. Sino más bien la de una testimonial impropia, al estar basadas en un conocimiento extraprocesal de los hechos que se aportan a la causa por la particularidad de que se narra inculcando a otro coimputado, y que por lo menos constituirán la mínima actividad probatoria de cargo.

Téngase en cuenta además, y de ahí lo preocupante, que el coimputado, como cualquier procesado, no tiene la obligación jurídica de decir la verdad sobre los hechos que se están investigando,

reconociéndose el derecho no sólo a guardar silencio, aunque puede ser tomado como indicio de culpabilidad en la etapa de instrucción (Art. 127 del C de PP) o en la etapa de juzgamiento (Art. 245 del C de PP.), sino también a no declarar si no quiere, esto es, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (véase, en este sentido, el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José y en su momento la Constitución 1979 lo reguló en su art. 2, numeral 20, en el literal k), y lo más importante, incluso se admite el “derecho a mentir”, por la razón que no presta juramento o promesa de decir la verdad, ni su falsa declaración en proceso judicial se criminaliza como delito de falso testimonio que está reservado para el testigo (Art. 409 del CP.), tan es así que si en los debates del juicio oral, el testigo ha incurrido en falsedad en la declaración prestada o leída en la audiencia, puede el Tribunal, de oficio o a petición del fiscal, del acusado o de la parte civil ordenar su detención hasta que se pronuncie la sentencia, y se resuelve si hay motivo para abrir instrucción contra él (Art. 257 del C de PP).

#### **2.5.4. De la motivación escrita de las resoluciones judiciales.**

El art. 136 inciso 5 de la Constitución recoge el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Igualmente, el art. 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe que: *“Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustenta [...]”*<sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> El inc. 6 del art. 50 del Código Procesal Civil establece como deberes de los jueces: *“Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia”*.

El apartado 6.1 del artículo 6.º de la Ley N.º 27444, prescribe que: *“La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la*

La motivación es un derecho subjetivo que tienen las partes en el proceso<sup>98</sup> y que puede postularse en sentido negativo como un derecho a oponerse a resoluciones arbitrarias<sup>99</sup>.

La motivación de las decisiones judiciales exige un razonamiento fundado en pruebas y en una aplicación adecuada del derecho, en donde se discuten y desarrollen de modo necesario los argumentos de las partes, ya sea para admitirlos o rechazarlos<sup>100</sup>.

El juez que decide la causa debe indicar y explicitar a las partes la valoración que merecen sus respectivas alegaciones<sup>101</sup>. Sin embargo, ello no quiere decir que la motivación únicamente responda al respeto del derecho de defensa. Su fundamento y alcance es mucho más amplio en la medida que responde a la tutela judicial efectiva [pronunciamiento fundado en derecho] y el ejercicio mismo de la jurisdicción<sup>102</sup>.

La motivación no es un acto de creación del derecho del juez o del tribunal, sino más bien un *acto de discusión, análisis y razonamiento*

---

*exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado*". Asimismo, se establece que: "No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto".

El inciso 1.2) del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 27444, del Procedimiento Administrativo General, establece que forma parte del debido procedimiento administrativo el derecho del administrado a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. Dicha motivación debe efectuarse en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, en concordancia con lo establecido por el numeral 4) del artículo 3.º de la citada ley.

<sup>98</sup> Cfr. PÉREZ ROYO, JAVIER; *Curso de Derecho Constitucional*; p. 494.

<sup>99</sup> Cfr. CORDÓN MORENO, FAUSTINO; *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*; p. 179; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS; *El Derecho a la Tutela Judicial Jurisdiccional*; p. 270.

<sup>100</sup> Cfr. CAROCCA PÉREZ, ALEX; *Garantía Constitucional de la defensa Procesal*; p. 340.

<sup>101</sup> Cfr. COLOMER HERNÁNDEZ, IGNACIO; *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*; Valencia; Tirant lo Blanch; 2003; p. 132.

<sup>102</sup> Cfr. CAROCCA PÉREZ, ALEX; *Garantía Constitucional de la defensa Procesal*; p. 340.



*para adoptar una determinada decisión* en el que se deben tomar en cuenta las alegaciones y pruebas de las partes.

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el deber de motivar las resoluciones judiciales señalando:

“Que en efecto, la resolución de primera instancia no ha cumplido con la garantía de carácter constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales, contenida en el inciso cinco, del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política, en virtud a la cual, toda resolución que emita una instancia jurisdiccional debe estar debidamente motivada, ello significa -como lo ha establecido jurisprudencialmente el Tribunal Constitucional- que debe quedar plenamente establecida a través de su fundamentación, la "ratio decidendi" por la que se llega a tal o cual conclusión, derecho que a su vez implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho, el mismo que se constituye en un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva; en tanto, se aprecia que no se ha efectuado argumentación jurídica referida a sustentar válidamente una decisión jurisdiccional sobre las excepciones de verdad deducidas por los querellados<sup>103</sup>”.

---

<sup>103</sup> Véase, la resolución de fecha 20 de Julio del 2006 expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema recaída en el R.N. 1519 – 2006.

## **El derecho de defensa y su expresión en la Motivación de las Resoluciones judiciales.**

Los sujetos procesales tienen el derecho a exigir de los órganos de justicia, la discusión racional y adecuada de la prueba y las tesis de defensa, ya sea para admitirlas o para rechazarlas. El deber de motivar supone que las alegaciones y pruebas sean recogidas y discutidas por el Tribunal, situación que permite el control y la discusión racional acerca del asunto a ser resuelto permitiendo a los sujetos procesales intervenir en la formación de la resolución<sup>104</sup>.

Se plantea aquí un derecho del justiciable como derecho a que se analicen y discutan sus argumentos – al menos los más *esenciales* – con el fin de admitir o rechazar su pretensión. No es lícito, ni conforme a derecho, que el juzgador prescinda, ignore o no aborde los argumentos de las partes<sup>105</sup>. Se habla aquí de una *función pedagógica* de la motivación.

La garantía de motivación no asegura ni obliga a una resolución favorable, pero sí exige inexorablemente y en todo momento la obtención de una resolución motivada que no es otra cosa que una decisión judicial *razonable, congruente y fundada en derecho*<sup>106</sup>. La tutela judicial efectiva requiere respuestas judiciales fundadas en criterios razonables<sup>107</sup>.

No hay una decisión razonable si es que no se discuten en la sentencia las alegaciones o pruebas de las partes o si el juez desatendiéndose de los mandatos constitucionales autoritariamente

---

<sup>104</sup> Cfr. CAROCCA PÉREZ, ALEX; *Garantía Constitucional de la defensa Procesal*; p. 341.

<sup>105</sup> Cfr. COLOMER HERNÁNDEZ, IGNACIO; *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*; p. 133.

<sup>106</sup> Cfr. PÉREZ ROYO, JAVIER; *Curso de Derecho Constitucional*; p. 494.

<sup>107</sup> Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS; *El Derecho a la Tutela Judicial Jurisdiccional*; Madrid; Civitas; 3 ed.; 2001; p. 268.

impone su verdad y su criterio al margen de los demás sujetos procesales. La ausencia de diálogo, de debate o de análisis en una resolución judicial respecto a la ponderación de las alegaciones y pruebas de las partes permite afirmar que no estamos ante una decisión razonable, sino más bien ante una resolución autoritaria, incongruente y no compatible con los mandatos constitucionales.

La resolución judicial no es una decisión de poder o un acto de voluntad<sup>108</sup>, sino una decisión que debe ofrecer razones respecto a los resultados a los que llega, debiendo justificar su contenido sobre una base jurídica. Ella garantiza – como afirma FERRAJOLI – la naturaleza cognoscitiva del juicio, vinculando la aplicación del derecho a la estricta legalidad y los hechos a la actividad probatoria<sup>109</sup>.

La libertad y discrecionalidad que se le reconoce en algunos casos al Poder Judicial en la toma de ésta u otra decisión se compensa con la exigencia de que la motive y explique<sup>110</sup>. Una adecuada motivación impide que el ejercicio del poder discrecional del juez devenga en arbitrario<sup>111</sup>.

## **2.6. Teoría de la prueba y la confesión sincera.**

### **2.6.1. La prueba. Requisitos.**

Respecto al tema, concordamos con la afirmación sostenida por el Tribunal Constitucional en el Exp. No.010-2002-AI/TC – Caso Marcelino Tineo Silva, en el sentido que el derecho a la prueba goza

---

<sup>108</sup> Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS; *El Derecho a la Tutela Judicial Jurisdiccional*; p. 270.

<sup>109</sup> FERRAJOLI, LUIGI; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*; p. 623.

<sup>110</sup> El Tribunal Constitucional Español ha señalado que:

"La facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control posterior de la misma en evitación de toda posible arbitrariedad" (STC 224/1992, de 14 de diciembre, FJ 3°).

<sup>111</sup> Cfr. DOLCINI, EMILIO; *Commentario breve al Codice Penale* [Alberto Crespi – Federico Stella – Giuseppe Zuccala]; p. 516.

de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución Política del Perú.

En el Exp. No.6712-2005-HC/TC – Caso Magaly Medina Vela y otro, el Tribunal Constitucional sostiene que existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, por ejemplo, el artículo 188° del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Como vemos, se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.

De otro lado, es necesario precisar que la actuación de las pruebas están también regidas por criterios de oportunidad, utilidad, idoneidad y pertinencia respecto a los hechos denunciados, sea para acreditar o no la comisión del ilícito (si el hecho se cometió o no) y responsabilidad (si el denunciado es el autor o no del mismo). Al respecto, San Martín Castro<sup>112</sup> sostiene que: “En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos.”

Desarrollando el tema, el máximo Tribunal en la mencionada sentencia recaída en el Exp. No.6712-2005-HC/TC, nos da las siguientes características respecto a los medios probatorios:

Así, entre otros, el medio probatorio debe contar con:

- **Pertinencia:** Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.
- **Conducencia o idoneidad:** El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho.
- **Utilidad:** Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten

---

<sup>112</sup> San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal*. 2ª Edición. Ed. Grijley. Lima 2003, p. 817.

algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.

- **Licitud:** No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida.
- **Preclusión o eventualidad:** En todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria.

#### **2.6.2. De la exigencia de mínima actividad probatoria para la expedición de sentencia condenatoria.**

Recordemos que el artículo 72 del CdePP establece que la instrucción tiene por objeto –entre otros- determinar las circunstancias en que se ha perpetrado un delito, sus móviles y la participación que tuvieron los procesados.

En tal sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema en el Exp. No.4173-98-Puno<sup>113</sup> ha señalado que:

**“La instrucción tiene por *objeto reunir la prueba de la realización del delito, de las circunstancias en que se ha perpetrado y sus móviles y establecer la participación de sus autores y cómplices.*”**

De lo señalado se desprende que -en resguardo del principio derecho a la presunción de inocencia contenido en el artículo 2, inciso 24, letra “e” de la Constitución del Estado- la expedición de una sentencia condenatoria requiere de un mínimo de actividad probatoria que de manera fehaciente, sin ningún tipo de dudas, establezca: *i)* la comisión de un hecho delictuoso; *ii)* la identificación plena del presunto o autores de ese hecho delictuoso. Tiene que darse necesariamente esta doble identidad. Así, puede existir un cadáver con huellas de haber sido victimado con arma blanca, pero no que se haya identificado a los autores de tales agresiones. Si existiera un mínimo de duda en cualquiera de estos supuestos, pues entonces deberá absolversele al procesado del delito que se le imputa en aplicación del principio-derecho constitucional *indubio pro reo*.

Sobre el tema, Cubas Villanueva<sup>114</sup> sostiene que este régimen de pruebas, a fin de condenar, exige para destruir la presunción de inocencia: *“La inversión de la carga de la prueba, es decir, que quien acusa tiene que probar la culpabilidad y que nadie está obligado a probar su inocencia, pues ésta se encuentra presupuestada. El*

---

<sup>113</sup> Extraído del *Código Penal*. Jurista Editores. Lima, diciembre 2005, p.359.

<sup>114</sup> Cfr. a Cubas Villanueva, Víctor. *El proceso penal – Teoría y jurisprudencia constitucional*. Palestra Editores, Lima 2006, p. 47.

*Ministerio Público, titular del ejercicio de la acción penal y de la carga de la prueba, debe demostrar la responsabilidad del imputado en la comisión de un delito, con las pruebas pertinentes logradas en una investigación apoyada en la ciencia, debiendo producir certeza en el juzgador; pues cuando existe duda el juzgador resolverá la situación absolviendo al imputado, en aplicación del principio universal del in dubio pro reo.”*

Del mismo modo, es de considerar lo expuesto por la Corte Suprema que en la sentencia recaída en el Exp. No.715-96-Ayacucho<sup>115</sup>, sostuvo que:

*“La sentencia condenatoria debe fundarse en suficientes elementos probatorios que acrediten de manera indubitable la responsabilidad del imputado en la comisión de los hechos investigados.”*

Para dictar una sentencia condenatoria, entonces, toda la actividad probatoria efectuada en un proceso penal debe acreditar, de manera indubitable:

- a. Que el hecho delictuoso se ha cometido, incluyendo sus circunstancias: día, hora, lugar, modo, entre otros.
- b. Que sin ninguna duda se haya identificado a su autor o autores, su grado de participación de cada uno de ellos.

Al respecto, el destacado profesor universitario y fiscal supremo, Pablo Sánchez<sup>116</sup>, sostiene que: *“El proceso penal tiene por objeto la determinación de la comisión del delito y la determinación de la*

---

<sup>115</sup> Extraído de *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Año I, No.2, Normas Legales, p. 368.

<sup>116</sup> SÁNCHEZ VELARDE, PABLO. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima 2006, p. 167.



*persona de su autor para efectos de la aplicación de la ley penal. En tal sentido, toda la investigación realizada por la autoridad judicial debe estar ordenada primero, a la determinación de la realidad del delito; para ello hará uso de todos los medios que prevé la ley procesal con el auxilio de los técnicos y especialistas de la materia.”*

En consecuencia, sólo con una sólida actividad probatoria podremos dictar una sentencia condenatoria.

### **2.6.3. Valor probatorio de la declaración del imputado.**

Para que un tribunal de justicia penal declare la existencia de un delito e imponga la sanción que previene la ley, es necesario haber seguido un proceso penal que concluya con sentencia condenatoria, siendo preciso que el juzgador adquiera certeza de que el procesado es el autor del delito, lo que justifica la imposición de la pena y el pago de la reparación civil.

Para adquirir esta certeza deben realizarse una serie de actos de procedimientos por el órgano jurisdiccional que reciben el nombre de actos de prueba.

Las pruebas son los medios por los cuales le juez obtiene experiencias que le sirven para juzgar. Carnelutti dice que son las llaves que abren las puertas de lo desconocido. Las pruebas son indispensables en todo proceso y sin ellas no puede darse condena alguna.

Mientras se desarrolla el proceso el inculpado tiene la condición de inocente, y goza de derechos que merecen respeto, con limitaciones que no afectan a su integridad física y psíquica. la persona humana sigue intacta, solo con recortes en la libertad ambulatoria. Declarado

culpable sufrirá la pena impuesta pero siempre será considerado como persona humana, pues uno de los fines de la pena es procurar su readaptación todo proceso se le considera inocente, mientras no se acredite lo contrario y la prueba tiene como finalidad destruir esa presunción.

El tema de fondo de la declaración inculpatoria del coimputado tiene en el terreno procesal penal -quedando al margen bajo qué título de imputación ostentan: si es autor o partícipe: inductor o cómplice-, es si éstas poseen aptitud suficiente para destruir o inervar el derecho fundamental de la presunción de inocencia. En todo caso, tres son los frentes en que “ataca” principalmente esta peculiar, casi tangencial, figura jurídico-procesal o “chiamata di carreo” en la doctrina italiana, obviamente, con distintas consecuencias, según la situación que el sujeto ocupe dentro del proceso y avance la secuencia del mismo. Por razones de espacio nos referiremos sólo a los tres procedimientos ordinarios regulados en nuestro ordenamiento procesal: a) el procedimiento común que abarca 8 rubros delictivos del Código penal: (Ley N°26689 de 30 de noviembre de 1996, aclarada por la Ley N° 26833, de 3 de julio de 1997, y ampliada por Ley N° 26926, de 21 de febrero de 1998); b) El procedimiento sumario (Dec. Leg. 124 de 15 de junio de 1981) y c) El procedimiento por falta (Art.325 del C de PP, modificado por la Ley N° 29465 del 22 de Diciembre de 1988):

- a) Si la declaración se produce dentro de la etapa preliminar y si dicha declaración inculpatoria puede fundamentar una formalización de denuncia por parte del fiscal en contra del sujeto inculcado; ante todo debemos de tener consideración que las indagaciones preliminares no se investigan pruebas, sino elementos indiciarios, que son en realidad, actos de investigación. No son valorables con

criterio de conciencia (Art. 283 C de PP), aquellas declaraciones inculpativas realizadas en la etapa policial ya que muchas veces el declarante sufrió presiones, coacciones, amenazas, violencias (se presentaría aquí un supuesto de prueba ilegítimamente obtenida) o porque simplemente le ofrecieron un mejor trato en su situación con la finalidad que “ayude” o “colabore” con la identidad de los copartícipes del delito a cambio de un “premio”, lo que se denomina el Derecho penal premial (buscando principalmente un beneficio - exención o atenuación penológico). Dichas hipótesis se complica si es que no estuvo presente el representante del Ministerio Público y su abogado defensor (Art.62 de C de PP), y menos aún si no son ratificadas en sede judicial, porque en tal caso, las declaraciones sólo tendrán el valor de mera denuncia contenidas en un atestado o parte policial, y ninguna eficacia probatoria a tener en cuenta en el curso del proceso judicial, ya que no pueden ser consideradas como exponentes ni de prueba anticipada ni como prueba preconstituida, y no sólo porque su reproducción, tanto en fase de instrucción o en el juicio oral no se revele imposible o difícil, sino fundamentalmente porque no se efectúan en presencia de la autoridad judicial competente (como órgano autónomo e imparcial) que asegure la fidelidad de la declaración. Lo que no se puede permitir es que la declaración que pudiera realizar cualquiera de las personas involucradas en los actos de investigación, es que se convierta de una prueba de cargo “exclusiva”, que se admita sin un mínimo análisis crítico, con las posibilidades defensivas del inculpativo prácticamente escasas o nulas, por que se dice que las indagaciones preliminares son “reservadas”; que no se tiene apenas opciones de combatir lo manifestado por quien lo inculpa sin otros apoyos probatorios que sus propias palabras.

Sin embargo, si la declaración inculpatoria de un coimPLICado se realiza en el marco del respeto y garantías constitucionales de los denunciados, además si durante las investigaciones preliminares se llegara a la conclusión que existen indicios razonables que el caso deba de ser investigado en sede judicial, entonces será prudente la formalización de denuncia por parte del fiscal provincial (por el principio pro societatis que rige en el ámbito del Ministerio Público).

b) Ahora en la etapa judicial, previa a la calificación del auto apertorio de instrucción, la pregunta sería por partida doble:

- ¿Constituyen las declaraciones inculpatorias de un coimPLICado un indicio racional para abrir instrucción (auto de procesamiento) a otro coimPLICado?.
- Y si la respuesta es afirmativa: ¿constituyen las declaraciones inculpatorias mérito suficiente para dictar una medida de coerción personal, como por ejemplo un mandato de detención?.

Como es sabido, los requisitos del auto apertorio de instrucción, se encuentra contenido en el artículo 77° del C. de PP., los mismos que son: a) que los hechos denunciados constituyan delito; b) que esté individualizado al autor; c) que, la acción penal no haya prescrito.

Lo único racional y hasta notorio que se puede acceder a una sindicación de un coimputado, ya sea proporcionada en forma presencial o referencial, es verificar o cumplir con las exigencias de la individualización del presunto autor o partícipe del hechos investigados. Es lo que la doctrina conoce como “identidad física”, o lo que la doctrina italiana denomina “verificación individualizante”. ORE GUARDIA, sostiene que el requisito de la individualización del agente implica no sólo la verificación formal de los datos de identidad

del autor, sino también, en algunos casos, la verificación de una vinculación material de la persona imputada con los hechos incriminados”. La vinculación material estaría dado por el carácter de incriminatorio, objetiva y directa proporcionada por el sujeto declarante.

En lo concerniente a que si la declaración inculpatoria puede ser presupuesto suficiente para que amerite el dictado de medidas cautelares personales como el mandato de detención, se tendrá que acreditar los tres requisitos de dicho mandato; en tal sentido, tendrá que acreditarse fundamentalmente el inciso primero del artículo 135° del CPP referido a “suficientes elementos probatorios” y lógicamente la concurrencia de la pena probable (inciso segundo) y el peligro procesal (inciso tercero). Se adecuará al primer supuesto las declaraciones vertidas por el virtual coimputado en la medida en que dicha declaración inculpatoria tenga además otros elementos de “corroboración” que hagan presumir la exigida suficiencia probatoria, vale decir, que exista una cierta vinculación de los hechos que están investigando con el sujeto incriminado a través de su coimputado.

- c) Si la declaración se produce en la etapa del juicio oral. En este ámbito, cabe apreciar si las declaraciones inculpatorias de los coacusados pueden ser aisladamente consideradas como verdaderas pruebas de cargo suficiente para justificar una condena. En otras palabras, si solamente será suficiente la credibilidad subjetiva o intrínseca de aquellas declaraciones o si sería necesario practicar además, una credibilidad extrínseca u objetiva de las mismas.

En los procesos ordinarios comunes (“delitos graves” como parricidio, genocidio, torturas, etc.) las declaraciones inculpatorias del

coacusado tendrán un mayor valor probatorio ya que estarán regidos por los principios de oralidad, publicidad y contradicción. Puede ocurrir que durante el desarrollo del juicio oral el acusado se ratifique de lo dicho en la etapa de instrucción, con lo cual quedará consolidado la credibilidad de lo dicho. O puede suceder que realice, en el juicio oral, la incriminación por primera vez. Destacándose el caso que si concurren varias declaraciones inculpatorias de coacusados que coinciden entre sí (“verificación cruzada”), puede llegarse a consolidar el elemento objetivo de verificación. La doctrina, sobre todo italiana, no se ha puesto de acuerdo en este punto; así para algunos, indican que nada impide configurarlas como elementos externos de verificación, de tal manera que quedarían reconducidos en la noción prevista en el apartado 3º del artículo 92 del CPP italiano; para otros en cambio, no siempre las declaraciones de un coacusado confirman la realidad de los hechos, pues en efecto, puede suceder que dos o más imputados se muestren de acuerdo para incriminar a una persona que es en realidad inocente, y por tanto, la verificación ya no sería “cruzada” sino una verdadera “cuartada”, que sería, bajo todo punto de vista, inadmisibles. A mi entender, estas declaraciones inculpatorias tienen que tener la virtud de intentar destruir o cancelar el amparo que lleva aparejado la presunción de inocencia, más aun cuando se llega a momentos culminantes del procesamiento, que entre sus tantos significados la presunción de inocencia está referida al juicio de hecho en la sentencia penal, es decir de acuerdo a las pruebas, o se inclina por una sentencia absolutoria (Art. 284 del C de PP: “...no son suficientes para establecer su culpabilidad”), por el contrario justifican una sentencia condenatoria (Art. 285 del C de PP: “...o de las otras pruebas en que se funda la culpabilidad”).

#### **2.6.4. La confesión sincera.**

La confesión es el reconocimiento que una persona hace contra sí misma de la verdad de un hecho. La confesión puede ser judicial o extrajudicial, según ante quién se haga; por la forma de la declaración puede ser expresa o tácita; por su complejidad simple o calificada y por su naturaleza lógica divisible e indivisible. La confesión pierde su eficacia probando que al hacerla se incurrió en error de hecho.

El término "confesión" proviene del latín confessio, que quiere decir declaración que uno hace de lo que sabe, espontáneamente o preguntado por otro o declaración al confesor de los pecados que uno ha cometido, o declaración del litigante o del reo en el juicio.

Del significado gramatical se tiene la noción de declaración espontánea o preguntada por otro de lo que sabe respecto de un hecho que la ley tiene como delito, en causa criminal. Sería un error creer que tal puede ser el concepto jurídico de la voz en examen, toda vez que aquel significado se acerca más bien al del testimonio de personas. No es tampoco la declaración del reo en el juicio, porque no siempre se identifica aquella con la confesión.

Lo cierto es que la confesión del delito no puede atribuirse a otro que no sea el acusado, si se quiere, al que se encuentra imputado de un delito en una causa criminal. El imputado, como sujeto esencial de la relación procesal, tiene derechos y deberes, sobresaliendo entre aquéllos los que se refieren a su defensa material.

A los fines de hacer valer esa defensa material, el acusado cuenta con la declaración testimonial, por medio de la cual expresa todas las razones que hacen a su defensa. Así considerada la instructiva, se

presenta como disculpa total del imputado. Puede ocurrir, no obstante, que con ocasión de la instructiva, el reo no niegue la imputación, sino que, por el contrario, la admita. En este supuesto, su declaración se presenta más bien como medio de prueba que de defensa. Estamos ya frente a la confesión. También es posible que el imputado niegue el hecho en la instructiva y lo admita con posterioridad. De nuevo nos encontramos con la confesión.

En la exposición del acusado, la confesión es la manifestación que más se espera en el proceso penal. La confesión es la que atrae mayor interés, pero ni esta se produce frecuentemente, ni tampoco es dable que cuando esto ocurre, que la confesión por sí sola pueda inducir a pasar por alto otros importantes aspectos, dignos de ser tomados en consideración, bajo riesgo inminente de perder objetividad o llegar a conclusiones que se aparten de la verdad.<sup>117</sup>

Sin embargo, es pertinente el sentir de Otto Schadek, quien indica: “A primer vista, la prueba más simple y clara parece ser la confesión y cuando el procesado mismo admita haber cometido un delito, de a conocer sus móviles, cuente y reconstruya lo que sucedió, por regla general se puede decir que queda resuelto el caso en cuanto atañe a la cuestión de la prueba. Empero, la solución resulta ser sólo aparente cuando no es posible respaldar la confesión con los demás resultados del procedimiento probatorio. Hay confesiones incompletas, otras que no se limitan al relato de los hechos y otras que son falsas.”<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> Cfr. MARCONE MORENO, Juan, Tratado de la prueba penal, Edit. AFA Editores, Lima, 1991, Pág. 263

<sup>118</sup> Cfr. TSCHADEK, Otto, La prueba: estudio de los medios de prueba y la apreciación de la prueba, Edit. Temis, Bogotá, 1982, Pág. 4



De esta manera, la confesión penal se nos presenta como la expresión voluntaria y libremente determinada del imputado, por la cual reconoce y acepta ante el Juez su participación en el hecho que se le atribuye. La aceptación puede ser total o parcial; simple o calificada, y referirse a cualquiera de los elementos integradores de la conducta incriminada o a otro cualquiera del cual ella pueda inferirse (indicio). Lo que se acepta no es propiamente la pretensión penal o delictiva, sino los hechos que sirven para justificar su sentido incriminador, hayan sido o no afirmados por el acusador.<sup>119</sup>

Del mismo modo, deberá considerarse que “la confesión debe reunir determinadas condiciones que se clasifican en objetivas o subjetivas según se refieran al hecho o a la persona del confesante”, y por otro lado “el examen de la confesión, así parezca lógicamente inobjetable, forma parte de las obligaciones absolutas de un Juez concienzudo”.<sup>120</sup>

La confesión sincera, siendo un medio de prueba, queda sometida a las mismas críticas de la prueba en general, y en forma especial a la de la testimonial. En un sistema absolutamente acusatorio, la confesión tiene el valor del allanamiento, toda vez que frente a la aceptación de la acusación por el reo, el juez debe admitir la imputación. En ese sistema el proceso es una lucha entre el acusador y el acusado. Aquél procura la prueba de cargo, y éste la de descargo. “El juez es un espectador silencioso, que se limita a resolver conforme a lo alegado y probado. La confesión termina con el juicio”.

---

<sup>119</sup> CLARIA OLMEDO, Jorge, Tratado de Derecho procesal penal, Edit. Ediar, Bs As, 1996, Tomo V, Pág. 92

<sup>120</sup> CAFETZÓGLUS, Alberto, La confesión en el proceso penal, En Revista Jurídica de San Isidro, N° 5, Bs As, 1973, Pág. 92

En propiedad, debemos reflexionar que: “La confesión no es más que un medio de prueba entre otros, que no predomina sobre los demás, ni da lugar a pretensiones de exactitud absoluta”.<sup>121</sup>

Sobre el tema, César San Martín sostiene que “Es muy claro que la confesión importa admisión de un hecho tipificado como delictivo en la ley penal y por lo tanto, debe estimarse que no ha habido confesión si el imputado no ha reconocido ser autor o participe de hecho alguno tipificado por la ley penal. En severidad, no existe la denominada confesión parcial, pues toda confesión por definición siempre es total. El reconocer haber actuado de determinada manera, pero no el hecho típico objeto de proceso, no constituye en puridad confesión”.<sup>122</sup>

El juez no hace más que poner al acusado en conocimiento de los motivos alegados y en situación de articular la justificación. El no debe arrancar una confesión sino el acusador, y si la obtiene éste, el juicio termina como en lo civil, toda vez que nada debe probar el acusador ante la confesión del acusado. En el procedimiento inquisitivo, en cambio, es diferente, pues se busca la verdad real, La confesión es un medio importante de convicción, siempre que las circunstancias la ratifiquen. Como es un medio eficaz de prueba, el Juez puede usar cualquier medio para procurarla.

En Inglaterra, si a la apertura del Tribunal el imputado se declara culpable, queda cerrado el procedimiento y no hay necesidad de un veredicto del jurado; el juez debe dictar la sanción correspondiente. En tal sentido, la confesión viene a ser más que un medio de prueba

---

<sup>121</sup> TSHADEK, Otto, La prueba: estudio de los medios de la prueba y la apreciación de la prueba, Edit. Temis, Bogotá, 1982, Pág. 146

<sup>122</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho proceso penal, Edit. Grijley, Lima, 2003, Tomo II, Pág. 842.

un allanamiento del acusado. Hoy la confesión es un medio de prueba y su valor depende de una serie de circunstancias. Carnelutti dice que es el coronamiento de la prueba; Guarnen, citando a Ferri, que es la reina de las pruebas.

Sobre la eficacia de la confesión se dan por un lado razones lógicas, y por el otro motivo psicológico. Existe una serie de motivos lógicos y psicológicos por los cuales el imputado se ve en la necesidad de decir la verdad. Estos motivos son de un orden ordinario en la naturaleza humana. Cuando se confiesa falsamente, se lo hace por motivos extraordinario.

En tal posición, Framarino enseña los motivos específicos por los cuales el imputado es conducido a la confesión cierta. En el hombre hay el instinto simpático hacia la verdad que se opone a la mentira; frecuentemente este instinto, ayudado por el remordimiento del delito cometido, se hace irresistible, venciendo la fuerza del interés contrario que impulsa a mentir.

Por otra parte, en el ánimo del reo se verifica generalmente una especie de conmoción psicológica ante el recuerdo del propio delito, lo que no le permite la necesaria tranquilidad para mentir, la mentira es hija de la reflexión. Podrá empezar mintiendo, pero pronto, ante un útil interrogatorio, descubrirá la inconsistencia de sus afirmaciones, terminando por confesar.

En tercer lugar, en el ánimo del imputado se aquieta el temor de verse perjudicado con la pruebas y la esperanza de mejorar su situación confesando.

Por último, la necesidad de confesar la siente el acusado no sólo por el temor de las pruebas ulteriores, sino por las actuales, hasta el punto que comprende la inutilidad de su negativa. En tal supuesto confiesa, esperanzado que así predispone el ánimo del juez a su favor.

Desde un punto de vista psicológico particular, Altavilla encara el problema del valor de la confesión.

Altavilla hace el estudio de los distintos tipos de delincuentes sin considerar los principios lógicos, para graduar el valor de la confesión. Su análisis se ubica en el terreno de la experiencia, dando normas prácticas.

Sostiene que el delincuente político confiesa con verdadero orgullo, porque la confesión es un índice de su personalidad. El delincuente político confiesa porque eso está en su programa, él ha pensado y ha realizado el acto en contra de algún jefe de gobierno.

Cuando se lo detiene confiesa, porque quiere dejar aclarado que quiso asesinar al jefe. Luego tenemos al delincuente ocasional, al que una serie de factores externos parecen constreñir a la delincuencia. Comete el delito, explica Altavilla, en un estado de "daltonismo moral", influenciado por las circunstancias que no le permiten apreciar justamente la magnitud del delito cometido. Generalmente este delincuente confiesa la verdad, porque privado muchas veces de su libertad, desaparecen esas circunstancias que lo dominaban.

Estudia después al delincuente débil mental o sugestionado. Luego de cometido el delito confiesa ampliamente.

En todos estos tipos de delincuentes la confesión aparece como la verdad de lo ocurrido.

En cambio, la falsa confesión se da con frecuencia en los delincuentes que Altavilla denomina habituales y natos, en los dementes y en los alcohólicos. Después de lo expuesto, debe concluirse que la confesión sigue siendo una prueba importante, toda vez que por motivos muy excepcionales la misma se presenta falsamente: el padre puede confesarse autor para salvar a su hijo; el individuo que lo hace para preparar una coartada; el pobre diablo que se confiesa autor de un hecho del cual está imputado un adinerado, etc. La experiencia judicial enseña la verdad que expresa Ferrí, cuyo criterio comparte Guarnen, de que la confesión seguirá siendo uno de los medios probatorios más eficaz. "El coronamiento de la prueba", al decir de Carnelutti.

Ya expresaba Mitterniaier que nunca se muestra más convencido de la culpabilidad del acusado, que cuando sabe (el pueblo, jurado o juez) que ha emanado de él una confesión completa. Lo cierto es que la experiencia nos enseña que raramente el imputado confiesa falsamente, y que cuando lo hace, el juez, teniendo los conocimientos que le proporciona la lógica de la prueba y la psicología criminal, advertirá el engaño.

Antes, con el sistema de la prueba legal para saber si una confesión hacía plena prueba era necesario que el juez verificara ciertas condiciones y si éstas estaban llenadas, esa confesión hacía plena prueba. Desde luego que en la apreciación de esa prueba actuada la conciencia del juez, pero ésta debía acomodarse, debía estar conforme con ciertos presupuestos establecidos por la ley.

Hoy, de problema legal se ha convertido en lógico y psicológico. El juez debe apreciar la confesión teniendo en cuenta el sujeto que la presta, la forma en que se recibió y el contenido de la misma.

#### **2.6.4.1. Elementos definitorios de la confesión sincera.**

Es de observar que en el artículo 136 del CdPP no se precisa en qué caso podemos estar ante una confesión sincera. Así, se aprecia que en el primer párrafo se dice: “La confesión del inculpado corroborado con prueba”..., igualmente, en el segundo párrafo se sostiene: “La confesión sincera debidamente comprobada”... es decir, que no basta la sola confesión del imputado, sino que las afirmaciones que realice el procesado en contra de su propia persona sea debidamente corroborada con otras pruebas, lo cual nos parece bien en atención a la evolución histórica del proceso penal a que hacíamos mención en capítulos anteriores.

En el Código Procesal Penal se ha avanzado mucho sobre el tema, pues su artículo 160 es más completo que el anterior:

“La confesión, para ser tal, debe consistir en la admisión de los cargos o imputación formulada en su contra por el imputado. Sólo tendrá valor probatorio cuando: a) Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción, b) Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas, c) Sea prestada ante el Juez o el Fiscal en presencia de su abogado.”

En el artículo 161 del mismo CPP se lee: “Si la confesión, adicionalmente, es sincera y espontánea”...

En la doctrina<sup>123</sup> se sostiene que los elementos de la confesión sincera, lo que implica un acercamiento con lo desarrollado últimamente por la jurisprudencia, deben ser:

- a. *Espontaneidad.* Significa voluntario, no presionado ni coaccionado ni nada que pueda condicionar la voluntad del imputado. Esta es una condición sine qua nom, esta manifestación debe brotar de la más absoluta libertad de voluntad del declarante.
- b. *Uniformidad de la confesión sincera.* Es decir, que no debe haber variaciones sustanciales entre las distintas manifestaciones brindadas por el procesado relacionados con las circunstancias de la comisión del hecho delictuoso o sus partícipes (día, hora lugar, forma, autores, complicidad). Pueden haber datos complementarios, si las declaraciones fueron fraccionadas, por ejemplo, pero no pueden darse contradicciones.
- c. *Veracidad y coherencia de la confesión sincera.* Lo que la implica que la declaración del imputado debe ser contrastada con otros medios de prueba que corroboren sus afirmaciones.
- d. *Utilidad.* Conforme a los requisitos de prueba, la confesión que brinda el imputado debe contribuir a los fines del proceso penal, es decir, debe ayudar al esclarecimiento de

---

<sup>123</sup> Cfr. a Reyna Alfaro, Luis Miguel. *La confesión del imputado en el proceso penal*. 1ª. Edición, Jurista Editores, Lima, enero de 2006, pp. 52 y ss.

los hechos que se investigan. Ello incluso es una demostración de su colaboración –lo que implicaría una suerte de arrepentimiento- que puede influenciar en el juzgador a una mayor reducción de la pena.

#### **2.6.4.2. De la indivisibilidad de la confesión.**

No es pacífica en la doctrina respecto a si la confesión puede ser dividida o no. Así, Cafferata Nores sostiene que: “No es admisible, en el proceso penal moderno, la idea de la indivisibilidad de la confesión. De allí que se pueda tomar de ella la parte que aparezca sincera, rechazando las demás partes que no lo parezcan.” Del mismo modo, Lino Enrique Palacio sostiene: “La idea de la indivisibilidad de la confesión resulta ajena al derecho procesal penal, porque las declaraciones confesorias del imputado son separables y valorables en cada una de sus partes.”

No obstante, nos parece más acertado la posición de Bonet y Navarro<sup>124</sup> –que es criterio dominante en la doctrina- quien destaca que la indivisibilidad de la confesión cumple una *función de garantía*, señalando al respecto: “Cuando se le exige que deponga sus conocimientos sobre determinado hecho, resultaría injusto que, de su declaración se tomaran aquellas cosas que interesasen al que propuso la prueba, desechando las que le pudieran perjudicar.”

---

<sup>124</sup> Citado por Reyna Alfaro, op. cit., p.69.



#### **2.6.4.3. De los límites temporales de la confesión.**

Recordemos que la confesión sincera responde a criterios de política criminal y de contribuir a una mejora en la administración de justicia. La confesión sincera, puede producirse en cualquier momento previa a la definición del órgano jurisdiccional a favor de la responsabilidad penal del imputado; esto, evidentemente, con pleno respeto al principio de preclusión procesal, lo que supone que es posible emitir confesión hasta antes de la lectura de sentencia en el proceso penal ordinario.

Por esta razón, concordamos con el profesor sanmarquino y Vocal Supremo Víctor Prado cuando sostiene que “la sede natural de la confesión es la audiencia” y en base a ello critica la tendencia jurisprudencial de exigir la uniformidad de la confesión. En sentido similar, señala Sergio Ramírez, la corrección de una cláusula expresa (como la del artículo 177 del Código Federal de Procedimientos Penales en México) que permite la confesión “en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de dictar sentencia irrevocable”.<sup>125</sup>

Respecto al momento límite de la confesión, nuestra jurisprudencia parece establecer que la misma puede operar en cualquier fase del proceso penal: en diligencias de confrontación, durante el acto oral, etc.

---

<sup>125</sup> Citados por Reyna Alfaro, Luis en *La confesión del imputado en el proceso penal*, pp.58-59.

#### **2.6.4.4. La confesión sincera y la flagrancia.**

Es evidente que si la confesión debe contribuir al esclarecimiento de los hechos, pues es irrelevante si quien es detenido en plena flagrancia asume o no la imputación que se pueda hacer en su contra. La evidencia de su responsabilidad no cabe mayor discusión, por lo que en este caso sería improcedente, bajo ningún concepto, pretenderse acogerse a los beneficios de la confesión sincera.

Ante esta circunstancia, la confesión sincera en los casos de flagrancia delictiva no genera ningún efecto favorable al sistema de administración de justicia penal y, por ello, no puede verse favorecida con un beneficio que tiene sustento esencialmente en la economía procesal.

La inadmisión de confesión sincera en casos de flagrancia delictiva ha sido constantemente expresada por nuestro Supremo Tribunal; así, las Ejecutorias Supremas del 02 de agosto de 2000 (Sala Penal TID-E, Exp. No.512-99-Lima), del 01 de diciembre de 2003 (Sala Penal Permanente, RN No.2724-2003), del 15 de enero de 2004 (Sala Penal Permanente, RN No.2830-2003-Lima); del 4 de mayo de 2004 (Sala Penal Permanente, RN No.3664-2003-Madre de Dios).

La exclusión del beneficio de confesión sincera para los supuestos de flagrancia delictiva ha sido reconocida en el nuevo CPP. Así, el artículo 161 del citado cuerpo de leyes, del 2004, prohíbe expresamente la reducción de la pena por confesión sincera en “supuestos de flagrancia” y de

“irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso por el Juez.”

Los mismos criterios son también de aplicación para la cuasiflagrancia, en la que los imputados no tendrían otra alternativa para su defensa que aceptar los cargos, distinto será el caso cuando tal confesión significa aportar nuevos elementos al esclarecimiento de los hechos o de otros partícipes en los mismos.

Al respecto, el Supremo Tribunal sostiene en la ejecutoria suprema del 01 de diciembre de 2003, que: “esta suprema instancia ya ha establecido que puede calificarse como confesión sincera la admisión de hechos motivados por las circunstancias, o sea, cuando los encausados han sido descubiertos y perseguidos luego de sustraer los bienes que se les incautaron con motivo de su detención, por lo que no tenían otra alternativa que admitir los hechos o cuando los inculcados han sido detenidos en flagrancia, el reconocimiento de su conducta tampoco constituye supuesto de confesión sincera.”

#### **2.6.4.5. Confesión sincera y responsabilidad civil *ex delicto*.**

Consideramos también que la confesión responde a criterios estrictamente de responsabilidad penal, es decir, en la comisión del hecho, por lo que tal aceptación no debe significar a su vez que necesariamente se deba disminuir también la reparación civil por sus efectos o daños causados, los cuales deben ser asumidos o resarcidos en toda su magnitud por quien ha ejecutado el

hecho dañoso. Son temas totalmente diferenciados: se podrá aplicar una sanción menor, pero el monto de la reparación civil que finalmente se fije debe responder a la magnitud del daño ocasionado por el evento delictuoso.

La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha abordado también la problemática de los efectos de la confesión sincera en el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*, descartando cualquier posible efecto de aquélla en el ámbito de la determinación de la responsabilidad civil.

Así se lee en la sentencia de la Sala Penal Permanente del 07 de junio de 2005 (RN No.948-2005-Junín), destaca que los efectos de la confesión sincera se circunscriben al ámbito de la individualización judicial de la pena al sostener que “la confesión sincera (...) está reservada de ser el caso para rebajar la penal del confeso a límites inferiores del mínimo legal”... consecuencia jurídica del delito que posee fundamentos y finalidades divergentes a las propias de la responsabilidad civil *ex delicto*.<sup>126</sup>

Este principio ha sido reconocido por el Acuerdo Plenario No.1-2005/ESV-22 que reitera la idea de que “la confesión sincera del imputado no constituye un factor para fijar la cuantía de la reparación civil.” En esa línea, el propio Tribunal Supremo en las ejecutorias en comento identifica como objetivo de la reparación civil “reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima y,

---

<sup>126</sup> Cfr. a REYNA ALFARO, LUIS MIGUEL. *Confesión sincera y responsabilidad civil ex delicto*. En: Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema. JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA – Director. Ed. Grijley. 1ª. Edición. Lima, agosto de 2008, p.622.

consecuentemente, debe guardar proporción con los bienes jurídicos que se afectan.”<sup>127</sup>

#### **2.6.4.6. Criterios para analizar declaración inculpatoria de coimputados.**

Para apreciar la credibilidad de las declaraciones inculpatorias de los coimputados, éstas estarán sujetas a ciertos condicionamientos: elementos de verificación intrínsecos o subjetivos de tipo negativo: la personalidad del delator, las relaciones precedentes que el sujeto mantuviese con el delator, la presencia de móviles turbios o espurios y el ánimo de autoexculpación; como de tipo positivo: la reiteración, precisión, seguridad, persistencia en la incriminación, espontaneidad, coherencia lógica, univocidad. Y los elementos de verificación extrínsecos u objetivos que se traducen en la presencia de otros elementos de prueba que confirmen la fiabilidad subjetiva.

**Verificación subjetiva negativa.** En la faceta sólo de credibilidad subjetiva de carácter negativa debe valorarse un conjunto de factores tales como:

- a) Personalidad del delator y relaciones precedentes con el designado como partícipe.** Se tiene que tener en cuenta los rasgos del imputado delator como su carácter, antecedentes penales, edad, formación, propensión a la delincuencia, entre otros que hagan descartar una personalidad fantasiosa, propensa a la mentira o la confabulación. DÍAZ PITA, apunta que la personalidad del

---

<sup>127</sup> RN No.948-2005 (fundamento jurídico No.3).

declarante ha de ser tenida en cuenta, de modo particular, como señala BREVERE en los procesos sobre criminalidad organizada ya que si por personalidad se entendiera el complejo de cualidades éticas del colaborador con la justicia, es evidente que en los citados procesos la personalidad del “pendito” es poco recomendable ya que éste, por regla general, es autor de al menos un delito o incluso de una multiplicidad de delitos graves.

Asimismo, a juicio de la doctrina y la jurisprudencia española, la concurrencia de relaciones de amistad, enemistad, parentesco, etc. entre el sujeto que vierte las declaraciones inculpativas y aquel o aquellos acreedores de las mismas, restaría una fuerte dosis de credibilidad a las propalaciones y se constituiría, por ende, en un elemento indispensable para que aquellas fueran o no tenidas en cuenta como pruebas de cargo suficiente.

- b) Examen riguroso de la posible existencia de móviles turbios e inconfesables.** Este requisito consiste en que la declaración inculpativa del coimputado debe estar desprovisto de motivaciones particulares que permitan tildar la declaración de falso o espurio, o restarle verosimilitud como: a) dirigido a obtener un dato favorable que mejore su status procesal y b) dirigido a perjudicar al coimputado inculpativo por razón de odio personal, venganza, resentimiento, soborno o cualquier otro motivo. Estos sentimientos íntimos serán cuidadosamente calificados y calibrados por el juzgador, sobre todo en niveles cercanos a la decisión final del proceso. c) Que, no

pueda deducirse que la declaración inculpatorio se haya prestado con ánimo de exculpación. Ya que si se llega a la conclusión de que el coimputado inculpatario o delator lejos de procurar el descubrimiento de la verdad de los hechos, busca su propia exculpación o exclusión del proceso, a costa de la inculpación del coimputado inculpatario, entonces habrá que poner en tela de juicio esa inculpación y someterlo a un análisis crítico y riguroso. Evidentemente se infiere que la mera sindicación es para buscar su exculpación ya que en todo momento no ha admitido que esté arrepentido o haya confesado en relación a los hechos investigados. Dicha exculpación será entonces, tomada con un matiz eminentemente defensivo realizado por el coimputado en su propio descargo.

**Verificación subjetiva positiva.** En cuanto a los criterios de verificación intrínsecos positivos tenemos:

- a) Reiteración de la declaración inculpatoria, que es la repetición prestada en el curso del proceso (fase preliminar, fase investigatoria y fase del juicio oral) por parte de uno de los imputados inculpatarios. Será la persistencia en la inculpación en las diversas comparecencias, diciendo sustancialmente lo mismo. Esto se quiebra cuando el sujeto delator incurre en divergencias relevantes, imprecisiones, contradicciones o ambigüedades entre lo declarado en fase investigatoria y lo expresado por ejemplo en el juicio oral o en la etapa preliminar, rectificando o retractando, por lo tanto, su declaración.

- b) Las declaraciones tienen que ser además precisas, entiéndase claras y contundentes, ya que el coimputado conoce directamente el desarrollo minucioso de los hechos y es más, la conducta de los intervinientes.
- c) El requisito lógico tiene que superar positivamente una valoración lógica unida generalmente a un análisis sobre el plano psicológico, de tal manera que la declaración inculpatoria, luego de ser sometido al análisis del juez, esté presente sobre la base común de experiencia y de las reglas generales de la lógica, tiene que existir una coherencia interna, de tal forma que la declaración deberá ser “articulada”, “detallada”, “circunstanciada” o “particularizada”.
- d) El elemento espontaneidad es apreciada en función de la condición de libertad o coerción física o moral, psicológica en la que se encontraba el declarante en el momento de la deposición, de tal manera que la narración inculpatoria sea como consecuencia no de una pregunta directa.

**Verificación extrínseca objetiva.** En cuanto a los criterios de verificación extrínsecos u objetivos, -que dicho sea de paso ha sido la legislación italiana la que con mayor énfasis ha pregonado la necesidad de que las declaraciones inculpatorias vengan apoyadas por otros medios probatorios de “corroboración”-, tienen como finalidad acreditar objetivamente la fiabilidad de la declaración; que formen un “corpus” o “acervo” de probanza causal e interrelacionado. Es más, la propia confesión sincera del artículo 136º de nuestro C de PP en sí misma no tiene efectos benignos sino viene corroborado



con otras pruebas. Por tanto, se tiene que este criterio extrínseco, tendrá que desarrollarse progresivamente en las etapas sucesivas del proceso, en función al acopio de mayor información (existen varias fuentes), se entiende generalmente, que puede darse en el momento del juicio oral o momentos cercanos a la etapa decisoria. Ahondando más, diremos que en la verificación objetiva ya no se trata si tal declaración inculpatoria del coimputado resulta suficientemente concluyente que el “hecho imputado” o hechos que se hayan producido fácticamente, que puede ser subjetivamente creíbles, el mismo que daría lugar a una acusación fiscal de tipo formal (Art. 92 inc. 4 de la LOMP) con respecto al sujeto inculpatario a través del delator coimputado, sino fundamentalmente, que “participó” en ellos aquel o aquellos contra los que se declara, lo que daría lugar, ahora sí, a una acusación fiscal de tipo sustancial (Art. 92 inc. 4 de la LOMP).

Finalmente, sobre este punto, es de tener en cuenta que la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, de fecha 30 de setiembre de 2005, resolvió establecer como **precedente vinculante** que:

*“Cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, y que a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente, por lo que su condición no es asimilable a la del testigo, aún cuando es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar la convicción judicial –no existe por ese hecho*

*descalificación procedimental-, corresponde valorar varias circunstancias, que se erigen en criterios de credibilidad -no de mera legalidad- y que apuntan a determinar si existen datos relevantes que las desnaturalizan, situaciones que explicarían que el coimputado pudiese mentir. Las cautelas que ha de tomarse en cuenta resultan del hecho que el coimputado no tiene obligación de decir la verdad, no se le toma juramento y declara sin el riesgo de ser sancionado, sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio.”*

Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes:

*“Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes:*

- a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que éstas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.*

- b) *Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.*
- c) *Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.”*

#### **2.6.4.7. La conclusión anticipada del juzgamiento o conformidad. Jurisprudencia de la Corte Suprema**

El artículo 5° de la Ley número 28122 incorporó al ordenamiento procesal penal nacional la institución de la conformidad, de fuente hispana. En su virtud, estipuló que una vez que el Tribunal de mérito inste al acusado si acepta ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, si se produce su confesión, luego de la formal y expresa aceptación de su abogado defensor, se declarará la

conclusión anticipada del debate oral y se emitirá, en el plazo correspondiente, la sentencia conformada respectiva.

Decíamos que esta expresión corresponde a una institución del derecho procesal penal español (conformidad del procesado), que Gimeno Sendra<sup>128</sup> define como:

“(...) acto procesal, a través del cual el acusado, asistido por su abogado defensor, y en el ejercicio de su derecho a la defensa, acepta someterse voluntariamente a las consecuencias jurídicas solicitadas por la acusación, mediante el asentimiento al escrito de calificaciones provisionales que contenga pena de mayor gravedad, con la finalidad de vincular al órgano jurisdiccional al pronunciamiento de la sentencia inmediata que recoja la pretensión penal, siempre y cuando se hayan cumplido los presupuestos y requisitos que en la ley condicionan la eficacia del acto.”

La “conformidad” así entendida, posee, entre otras, las siguientes características:

- 1) No existe “negociación entre el Fiscal y el imputado sobre “las circunstancias del hecho punible, pena, reparación civil y consecuencias accesorias”<sup>129</sup>, ni acerca de “la pena y reparación civil”<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> GIMENO SENDRA, Vicente et alie; *Los Procesos Penales: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Bosch SA, Barcelona 2000, p.51.

<sup>129</sup> Supuestos de Terminación Anticipada, Artículo 468.5 del C.Pr.P.

<sup>130</sup> Supuestos de la Conclusión Anticipada del Juicio Oral, Artículo 372.3 del N.C.Pr.P.

- 2) No se desencadena un incidente, sino que el evento se resuelve en el expediente principal, cuando la defensa formaliza su escrito de contestación a la acusación o, cuando al iniciarse el juicio oral, se pregunta al inculpado si se reconoce el responsable de los hechos que se le atribuyen.
- 3) Se circunscribe a delitos en los que la pena que en concreto se solicite en la acusación no exceda del límite legalmente impuesto. (3 – tres – años).
- 4) En caso de pluralidad de acusados, cuando no todos reconozcan su responsabilidad, continuará el proceso para todos.
- 5) De haber conformidad con la pretensión penal, pero no con la pretensión civil, el proceso continuará únicamente para dilucidar este extremo.
- 6) Es un acto complejo, porque:  
*“(...) su eficacia, no así el comportamiento procesal del acusado, asesorado por su abogado defensor, queda condicionada en la ley a que el abogado defensor exprese su parecer favorable en torno a la obtención de una sentencia inmediata (...)<sup>131</sup>”*

En este contexto, consideramos que la expresión “conformidad” no es aplicable a todos los supuestos de acuerdo entre las partes que sustentan la Terminación

---

<sup>131</sup> GIMENO SENDRA, 2000, p. 53.

Anticipada del proceso en nuestro país. Sin embargo, es innegable que existen importantes similitudes, que permiten invocar la doctrina española para conocer mejor nuestro propio sistema.

Sólo será posible, al margen de la denominada “conformidad absoluta” [hechos, responsabilidad penal, pena y reparación civil; es decir, la declaración de culpabilidad del imputado no se limita al hecho, también alcanza a las consecuencias jurídicas], pero siempre en ese marco de aceptación de los cargos, un cuestionamiento y ulterior debate procesal, que incluirá lectura de medios probatorios –prueba instrumental y alguna diligencia documentada preconstituida-, acerca de la pena y reparación civil –de su entidad o de su cuantía- (“conformidad limitada o relativa”).

Asimismo, el numeral 4) del citado precepto, a diferencia de la fuente española, autoriza la ruptura de la continencia de la causa para dar lugar a una “conformidad parcial”, según algún o algunos acusados la acepten y otros no, posibilidad condicionada a que *“...la Sala estime que [no] se afectaría el resultado del debate oral”*.

La conformidad tiene por objeto la pronta culminación del proceso –en concreto, del juicio oral- a través de un acto unilateral del imputado y su defensa de reconocer los hechos objeto de imputación, concretados en la acusación fiscal, y aceptar las consecuencias jurídicas penales y civiles correspondientes.

Este acto procesal tiene un carácter expreso y siempre es unilateral –no es un negocio procesal, salvo la denominada “conformidad premiada” establecida en el artículo 372°, apartado 2), del nuevo Código Procesal Penal, en cuanto prescribe “...*el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena ...*”-. Además, es un acto unilateral de disposición de la pretensión, claramente formalizado, efectuado por el acusado y su defensa -de doble garantía-, que importa una renuncia a la actuación de pruebas y del derecho a un juicio público, que a su vez genera una expectativa de una sentencia conformada – en buena cuenta, constituye un acto de disposición del propio proceso, al renunciar a los actos del juicio oral, y del contenido jurídico material de la sentencia, al convenir, desde ya, la expedición de una sentencia condenatoria en su contra.<sup>132</sup>

El Tribunal no puede mencionar, interpretar y valorar acto de investigación o de prueba preconstituida alguna, desde que el imputado expresamente aceptó los cargos y renunció a su derecho a la presunción de inocencia, a la exigencia de prueba de cargo por la acusación y a un juicio contradictorio.

Los fundamentos de hecho o juicio histórico de la sentencia, en suma, no se forman como resultado de la

---

<sup>132</sup> Cfr. Acuerdo Plenario de la Corte Suprema No.5-2008, del 18 de julio de 2008.

valoración de la prueba, sino le vienen impuestos al juez por la acusación y la defensa, a través de un acto de allanamiento de esta última, que son vinculantes al Tribunal y a las partes. El relato fáctico aceptado por las partes no necesita de actividad probatoria, ya que la conformidad excluye toda tarea para llegar a la libre convicción sobre los hechos. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias que han sido descritos por el Fiscal en su acusación escrita y aceptados por el acusado y su defensa, pues ello implicaría revisar y valorar actos de aportación de hechos, excluidos por la propia naturaleza de la conformidad procesal.

En consecuencia, es inaceptable que el Tribunal se pronuncie sobre la no presencia de pruebas, pues la conformidad del acusado –es de insistir– supone que ha quedado fijado el elemento fáctico, sin que exista propiamente prueba al no mediar juicio derivado de tal apreciación de hechos [es una previsión lógica precisamente por la inexistencia de prueba en este momento procesal]. Ello, además, provocaría una indefensión a las partes frente al Tribunal sentenciador por introducir un tema que no fue objeto de discusión, y rebasar la vinculación fáctica que la institución importa (*vinculatio facti*).<sup>133</sup>

Respetando los hechos, el Tribunal está autorizado a variar la configuración jurídica de los hechos objeto de

---

<sup>133</sup> Cfr. Acuerdo Plenario de la Corte Suprema No.5-2008, del 18 de julio de 2008.



acusación, es decir, modificar cualquier aspecto jurídico de los mismos, dentro de los límites del principio acusatorio y con pleno respeto del principio de contradicción [principio de audiencia bilateral]. Por tanto, la Sala sentenciadora puede concluir que el hecho conformado es atípico o que, siempre según los hechos expuestos por la Fiscalía y aceptados por el acusado y su defensa técnica, concurre una circunstancia de exención –completa o incompleta- o modificativa de la responsabilidad penal, y, en consecuencia, dictar la sentencia que corresponda.

El ejercicio de esta facultad de control y la posibilidad de dictar una sentencia absolutoria –por atipicidad, por la presencia de una causa de exención de la responsabilidad penal, o por la no concurrencia de presupuestos de la punibilidad- o, en su caso, una sentencia condenatoria que modifique la tipificación del hecho, el grado del delito, el título de participación y la concurrencia de las circunstancias eximentes incompletas o modificativas de la responsabilidad penal, como es obvio, en aras del respeto al principio de contradicción –que integra el contenido esencial de la garantía del debido proceso-, está condicionada a que se escuche previamente a las partes procesales [en especial al acusador, pues de no ser así se produciría una indefensión que le lesionaría su posición en el proceso], a cuyo efecto el Tribunal debe promover un debate sobre esos ámbitos, incorporando los pasos necesarios en la propia audiencia, para decidir lo que corresponda. Es evidente, que el Tribunal no puede

dictar una sentencia sorpresiva en ámbitos jurídicos no discutidos por las partes [interdicción de resolver *inaudita parte*].

La posibilidad de introducir, jurídicamente, determinadas circunstancias no incorporadas en la acusación –sólo desde sus perfiles jurídicos, mas no fácticos- y dictar una sentencia conformada, siempre es compatible con un control *in bonam partem*, respecto del que sólo se exige audiencia a las partes. Empero, si se advierten otros errores, tales como omisión de considerar –a partir del relato fáctico- una circunstancia agravante o la posibilidad de un tipo legal distinto, más grave, que requiere indagación, debate probatorio y discusión en sede de alegatos por todas las partes – control *in malam partem*-, sólo corresponderá denegar la conformidad y ordenar proseguir el juicio oral.

En cuanto a la individualización de la pena, el Tribunal – por configurar una tarea exclusivamente judicial, inherente a ella- tiene una amplia libertad, dentro del marco jurídico del tipo legal en cuestión [pena abstracta], para dosificarla conforme a las reglas establecidas por los artículos 45° y 46° del Código Penal, cuyo único límite, a parte de no introducir hechos no incluidos en la acusación ni aceptados por el imputado y su defensa, es no imponer una pena superior a la pedida por el Fiscal –explicable por la propia ausencia de un juicio contradictorio y la imposibilidad de formularse, por el Fiscal o de oficio,

planteamientos que deriven en una pena mayor a la instada en la acusación escrita-.<sup>134</sup>

La confesión, desde una perspectiva general, es una declaración autoinculpatoria del imputado que consiste en el expreso reconocimiento que formula de haber ejecutado el hecho delictivo que se le atribuye. Como declaración que es debe reunir un conjunto de requisitos externos (sede y garantías) e internos (voluntariedad o espontaneidad y veracidad – comprobación a través de otros recaudos de la causa-).

En la conformidad procesal el imputado, desde luego, admite los hechos objeto de acusación fiscal. Sólo se le pide, si así lo estima conveniente y sin necesidad de una explicación o un relato circunstanciado de los hechos –que es lo típico de una declaración ante la autoridad de cara a la averiguación de los hechos o a la determinación de las afirmaciones de las partes, según la etapa procesal en que tiene lugar-, aceptar los cargos y una precisión adicional acerca de las consecuencias jurídico penales, a fin de obtener un pronunciamiento judicial inmediato, una sentencia de conformidad. Ello ha permitido sostener a un sector de la doctrina procesalista que la conformidad es una forma de confesión prestada al inicio del juicio oral o una especie de confesión cuando concurren determinados requisitos.

---

<sup>134</sup> Cfr. Acuerdo Plenario de la Corte Suprema No.5-2008, del 18 de julio de 2008.

La conformidad consta de dos elementos materiales: a) el reconocimiento de hechos: una declaración de ciencia a través de la cual el acusado reconoce su participación en el delito o delitos que se les haya atribuido en la acusación; y, b) la declaración de voluntad del acusado, a través de la cual expresa, de forma libre, consciente, personal y formal la aceptación de las consecuencias jurídico penales y civiles derivadas del delito.<sup>135</sup>

Si, como se ha dejado sentado, no puede equipararse de modo absoluto el artículo 136° de la Ley Procesal Penal con el artículo 5° de la Ley número 28122, ello en modo alguno impide apreciar determinados efectos atenuatorios o de reducción de la pena a quienes se acojan a la conformidad. Para ello es de invocar analógicamente el artículo 471° del nuevo Código Procesal Penal [es de aclarar que el proceso de terminación anticipada del citado Código está vigente en todo el territorio nacional]. Dicha norma prescribe: *“El imputado que se acoja a este proceso recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte. Este beneficio es adicional y se acumulará al que reciba por confesión”*.

La viabilidad de la analogía, con la consiguiente aplicación a la conformidad del artículo 471° del referido Código, ante la presencia de una laguna jurídica en la conformación legal del artículo 5° de la Ley número

---

<sup>135</sup> Cfr. Acuerdo Plenario de la Corte Suprema No.5-2008, del 18 de julio de 2008.

28122, tiene lugar ante una racionalidad que es sustantivamente igual o semejante en sustancia –que no identidad-entre ambas instituciones procesales, las mismas que están sujetas a una lógica encadenada.

Lo expuesto permite concluir que toda conformidad, si reúne los requisitos legalmente establecidos, tiene como efecto el beneficio de reducción de la pena, sin perjuicio de la confesión, que de presentarse se acumula al primero.

El principio de proporcionalidad que informa la respuesta punitiva del Estado, la individualización de la pena, impone una atenuación menor en los supuestos de conformidad. No es lo mismo culminar la causa en sede de instrucción, poniéndole fin anticipadamente, que esperar su culminación y el inicio del juicio oral, como sucede en la conformidad por oposición a la terminación anticipada. En consecuencia, la reducción de la pena no puede llegar a una sexta parte; ha de ser siempre menor de ese término.<sup>136</sup>

Como veremos seguidamente, desde hace ya algunos años, en un esfuerzo que es importante resaltar, los señores Vocales de las distintas Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país han venido estableciendo sendas resoluciones con carácter de precedentes vinculantes en el tema de conclusión anticipada del juzgamiento o conformidad. Así, a partir

---

<sup>136</sup> Cfr. Acuerdo Plenario de la Corte Suprema No.5-2008, del 18 de julio de 2008.

del análisis jurisprudencial, podremos luego explicar nuestras conclusiones sobre este tema en concreto. Tenemos los siguientes<sup>137</sup>:

- **RN No.1766-2004-Callao, del 29.01.2004. Conclusión anticipada de la instrucción y del juicio oral. Interpretación de los alcances del artículo 5 de la Ley No.28122.**

*“Que si bien la parte civil sólo tiene injerencia en el objeto civil del proceso, el Fiscal Supremo en lo Penal ha cuestionado la legalidad del procedimiento seguido por el Tribunal de Instancia para dictar la sentencia recurrida estimando la no aplicación de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, por lo que es del caso referirse a esa opinión anulatoria; que la citada Ley número veintiocho mil ciento veintidós, más allá de lo limitado y parcial de su denominación oficial, en puridad de verdad comprende dos institutos procesales penales: la conclusión anticipada de la instrucción judicial (artículos uno al cuatro) -a la que hace mención el título de la ley- y la conclusión anticipada del debate o del juicio oral (artículo cinco), que aún cuando vinculadas al principio de celeridad o aceleramiento de la justicia penal se diferencian en que en este último supuesto rige básicamente el principio del consenso, dado que la decisión del imputado y su defensa es determinante para dar inicio al procedimiento de conclusión anticipada del debate o juicio oral, lo que no es de recibo cuando se trata de concluir anticipadamente la instrucción judicial, que requiere cumplir -sin que la voluntad del imputado pueda impedirlo- determinados requisitos legalmente previstos; que la conclusión anticipada de la instrucción judicial se circunscribe a determinados tipos penales y a procesos simples, siempre que se presenten puntuales supuestos procesales, tales como flagrancia delictiva, investigación preliminar con la intervención del Fiscal con suficiencia probatoria y confesión sincera, lo que se explica porque*

---

<sup>137</sup> Vide CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS. *Precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Ed. Grijley. 1ª. Edición. Lima 2008, pp.403-411.

*causalmente se tiende a limitar los actos de investigación judicial y, por ello, podría afectar la incorporación de fuentes de prueba y elementos de convicción para que, en su día, se funde una acusación o se sostenga una defensa razonable; que, empero, en el caso de la conclusión anticipada del debate oral se privilegia la captación de los cargos por parte del imputado y su defensa -ella es la titular de esta institución-, cuya seguridad -de cara al principio de presunción de inocencia- parte de una instrucción cumplidamente actuada con sólidos elementos de convicción, y valorada, a los efectos de la pretensión acusadora, por el Fiscal Superior y Luego, por la defensa, de suerte que el artículo cinco -precisamente por , tratarse de una institución procesal autónoma y distinta de la anterior- no impone límite alguno en, orden al delito objeto de acusación ,o a la complejidad del proceso ni remite su aplicación a las exigencias de lo artículos uno y dos; que, asimismo, es de aclarar que cuando el artículo cinco hace mención a la "confesión sincera", en rigor nos remite al numeral uno de dicha norma que por tal expresión, a estos solos efectos – aunque dogmáticamente cuestionable-, entiende únicamente aceptar en ese trámite ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, de modo que en este caso tampoco cabe concordarlo necesariamente con el artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales o con el artículo uno, numeral tres, de la citada Ley.*

*“Que, en el presente caso, luego de instalarse el juicio oral y fijar los términos del debate se preguntó al imputado y su defensa si el primero se consideraba ser autor del delito materia de la acusación fiscal , y responsable del pago de la reparación civil, quien al responder en sentido positivo con aceptación de su defensa y sin exigencia de actuación probatoria alguna, dio lugar a la sentencia recurrida; que es de acotar que el acto de disposición del imputado y su defensa (se circunscribe al reconocimiento de la responsabilidad penal y civil atribuida, no es un allanamiento a la pena pedida y a la reparación civil solicitada, por lo que -*

*como postula la doctrina procesalista- el Tribunal está autorizado, al reconocerse los hechos acusados, a recorrer la pena en toda su extensión, desde la más alta prevista en el tipo penal hasta la mínima inferida, llegando incluso hasta la absolución si fuere el caso, esto es, si se toma en cuenta la fuente española, parcialmente acogida, cuando se advierta que el hecho es atípico o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de responsabilidad penal o de su preceptiva atenuación; que, como es de advertirse, se trata de una modalidad especial de sentencia, que puede denominarse "sentencia anticipada", producto de una confesión del acusado en los términos antes descritos; que esta confesión tiene como efecto procesal concluir el juicio oral, y no está circunscripta exclusivamente al pedido de pena y reparación civil del fiscal y, en su caso, de la parte civil, consecuentemente, el Tribunal retiene su potestad de fijarlas conforme a lo que corresponda y con arreglo a los principios de legalidad y proporcionalidad."*

EJECUTORIA N° 1

RN N° 1766- 2004

CALLAO

Lima, veintiuno de septiembre de dos mil cuatro.-

VISTOS; Oído el informe oral; el recurso de nulidad interpuesto por la Procuradora Publica del Estado contra la sentencia de fajas ciento sesenta y ocho, su fecha veintiséis de marzo de dos mil cuatro; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO: Primero: Que la Procuradora Pública del Estado cuestiona la sentencia condenatoria por considerar que la reparación civil es exigua y diminuta, a la vez que extiende los agravios del recurso a lo que considera una ilegal aplicación del artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós en vista que el delito materia de juzgamiento impide hacer uso de esa norma. Segundo: Que la sentencia recurrida fijó en dos mil nuevos soles el monto



por concepto de reparación civil, que por lo demás fue el solicitado por la Fiscal Superior Adjunta en la acusación de fojas ciento cuarenta y siete; que, sin embargo, la pretensión del Estado, según el escrito de fojas sesenta y siete, ascendía a una suma no inferior a los treinta mil nuevos soles; que tratándose de un delito de peligro abstracto, de riesgo o de pura actividad como es el tráfico ilícito de drogas, cuya punibilidad por demás tiene origen en la situación de peligro eventual que nace de las conductas típicas, la reparación civil debe fijarse en función a la cantidad y dañosidad de la droga incautada, así como a la magnitud o entidad del hecho delictivo y el número de individuos que han participado en su comisión, sobre la base de los principios de suficiencia y razonabilidad o proporcionalidad; que, en el presente caso, se trató de una tenencia con fines de tráfico al exterior de cuatrocientos sesentiocho gramos de clorhidrato de cocaína ingeridas mediante cápsulas, a cuyo efecto el imputado debió ser evacuado a un Hospital del Estado, delito en el que han intervenido, por lo menos, otros dos individuos en Brasil y Perú; que, siendo así, el monto de la reparación civil debe incrementarse prudencialmente. Tercero: Que si bien la parte civil sólo tiene injerencia en el objeto civil del proceso, el Fiscal Supremo en lo Penal ha cuestionado la legalidad del procedimiento seguido por el Tribunal de Instancia para dictar la sentencia recurrida estimando la no aplicación de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, por lo que es del caso referirse a esa opinión anulatoria; que la citada Ley número veintiocho mil ciento veintidós, más allá de lo limitado y parcial de su denominación oficial, en puridad de verdad comprende dos institutos procesales penales: la conclusión anticipada de la instrucción judicial (artículos uno al cuatro) -a la que hace mención el título de la ley- y la conclusión anticipada del debate o del juicio oral (artículo cinco), que aún cuando vinculadas al principio de celeridad o aceleramiento de la justicia penal se diferencian en que en este último supuesto rige básicamente el principio del consenso, dado que la decisión del imputado y su defensa es determinante para dar inicio al procedimiento de conclusión anticipada del

debate o juicio oral, lo que no es de recibo cuando se trata de concluir anticipadamente la instrucción judicial, que requiere cumplir -sin que la voluntad del imputado pueda impedirlo- determinados requisitos legalmente previstos; que la conclusión anticipada de la instrucción judicial se circunscribe a determinados tipos penales y a procesos simples, siempre que se presenten puntuales supuestos procesales, tales como flagrancia delictiva, investigación preliminar con la intervención del Fiscal con suficiencia probatoria y confesión sincera, lo que se explica porque causalmente se tiende a limitar los actos de investigación judicial y, por ello, podría afectar la incorporación de fuentes de prueba y elementos de convicción para que, en su día, se funde una acusación o se sostenga una defensa razonable; que, empero, en el caso de la conclusión anticipada del debate oral se privilegia la captación de los cargos por parte del imputado y su defensa -ella es la titular de esta institución-, cuya seguridad -de cara al principio de presunción de inocencia- parte de una instrucción cumplidamente actuada con sólidos elementos de convicción, y valorada, a los efectos de la pretensión acusadora, por el Fiscal Superior y Luego, por la defensa, de suerte que el artículo cinco -precisamente por , tratarse de una institución procesal autónoma y distinta de la anterior- no impone límite alguno en, orden al delito objeto de acusación ,o a la complejidad del proceso ni remite su aplicación a las exigencias de lo artículos uno y dos; que, asimismo, es de aclarar que cuando el artículo cinco hace mención a la "confesión sincera", en rigor nos remite al numeral uno de dicha norma que por tal expresión, a estos solos efectos – aunque dogmáticamente cuestionable-, entiende únicamente aceptar en ese trámite ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, de modo que en este caso tampoco cabe concordarlo necesariamente con el artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales o con el artículo uno, numeral tres, de la citada Ley. Cuarto: Que, en el presente caso, luego de instalarse el juicio oral y fijar los términos del debate se preguntó al imputado y su defensa si el primero se consideraba

ser autor del delito materia de la acusación fiscal , y responsable del pago de la reparación civil, quien al responder en sentido positivo con aceptación de su defensa y sin exigencia de actuación probatoria alguna, dio lugar a la sentencia recurrida; que es de acotar que el acto de disposición del imputado y su defensa (se circunscribe al reconocimiento de la responsabilidad penal y civil atribuida, no es un allanamiento a la pena pedida y a la reparación civil solicitada, por lo que -como postula la doctrina procesalista- el Tribunal está autorizado, al reconocerse los hechos acusados, a recorrer la pena en toda su extensión, desde la más alta prevista en el tipo penal hasta la mínima inferida, llegando incluso hasta la absolución si fuere el caso, esto es, si se toma en cuenta la fuente española, parcialmente acogida, cuando se advierta que el hecho es atípico o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de responsabilidad penal o de su preceptiva atenuación; que, como es de advertirse, se trata de una modalidad especial de sentencia, que puede denominarse "sentencia anticipada", producto de una confesión del acusado en los términos antes descritos; que esta confesión tiene como efecto procesal concluir el juicio oral, y no está circunscripta exclusivamente al pedido de pena y reparación civil del fiscal y, en su caso, de la parte civil, consecuentemente, el Tribunal retiene su potestad de fijarlas conforme a lo que corresponda y con arreglo a los principios de legalidad y proporcionalidad. Quinto: Que la sentencia recurrida, invocando adicionalmente el artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales, impuso una pena de siete años de privación de libertad, sin perjuicio de las penas de multa e inhabilitación, que el Fiscal no recurrió pese a que solicitó diez años de pena privativa de libertad en la acusación de fojas ciento cuarenta y siete, por lo que no corresponde revisar tal extremo de la sentencia de instancia por no ser materia de la impugnación Sexto: Que, dado el carácter general de la interpretación de los alcances del artículo cinco de la Ley veintiocho mil ciento veintidós como institución procesal penal aplicable a toda clase de delitos sujetos al proceso penal

ordinario, corresponde disponer su carácter de precedente vinculante en sus fundamentos jurídicos tercero y cuarto, en aplicación a lo dispuesto en el numeral uno del artículo trescientos uno- A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo Número novecientos cincuenta y nueve Por estos. fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas ciento sesenta y ocho, su fecha veintiséis de marzo de dos mil cuatro, en cuanto condena a José Givaldo Da Silva como autor del delito de tráfico ilícito de drogas -tipo base- en agravio del Estado, a siete años de pena privativa de libertad, ciento ochenta días multa e inhabilitación; con lo demás que al respecto contiene; declararon HABER NULIDAD en la propia sentencia en cuanto fija en dos mil nuevos soles el monto por reparación civil a favor del Estado; reformándolo: FIJARON en diez mil nuevos soles; DISPUSIERON que los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la presente Ejecutoría constituyen precedente vinculante; ORDENARON que este fallo se publique en el Diario Oficial "El Peruano"; y los devolvieron.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

PALACIOS VILLAR .

BARRIENTOS PEÑA

LECAROS CORNEJO

MOLINA ORDÓÑEZ

- **RN No.2206-2005-Ayacucho, del 12.05.2005. Conclusión anticipada del debate oral. Requisitos.**

*“Que la sentencia recurrida se ha emitido al amparo de lo dispuesto por el artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, que autoriza la conclusión anticipada del debate oral si el acusado, con la conformidad de su abogado defensor, acepta ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil; que la regla segunda del citado artículo de la ley en referencia prescribe que en ese caso, una vez*

*declarada la conclusión anticipada del debate oral, se dictará sentencia en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad; que estos casos, tal como ha procedido el Tribunal de Instancia, no cabe plantear y votar las cuestiones de hecho a que se refiere el artículo doscientos ochenta y uno del Código de Procedimientos Penales, no sólo porque la norma especial no lo estipula de modo expreso, sino también porque el citado artículo doscientos ochenta y uno de la Ley Procesal Penal presupone una audiencia precedida de la contradicción de cargos y de una actividad probatoria realizada para verificar -rechazando o aceptando- las afirmaciones de las partes, que es precisamente lo que no existe en esta modalidad especial de finalización del procedimiento penal.”*

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2206-2005

AYACUCHO

Lima, doce de julio de dos mil cinco.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Flavio Argumedo Gamboa contra la sentencia de fojas cuatrocientos cuarenta y cuatro, de fecha veintisiete de abril de dos mil cinco; de conformidad con lo dictaminado por la señora Fiscal Suprema en lo Penal; por sus fundamentos; y CONSIDERANDO: Primero: Que en la formalización del recurso de nulidad de fojas cuatrocientos sesenta y cuatro la defensa del acusado Argumedo Gamboa cuestiona la pena impuesta, pues a su juicio no se apreció la confesión sincera de su patrocinado por lo que debe imponérsele una pena por debajo del mínimo legal. Segundo: Que, por el contrario, el Tribunal de Instancia ha valorado adecuadamente las exigencias que plantea la determinación de la pena, en orden a las condiciones personales del acusado, a la naturaleza del delito y a la forma y circunstancias de la comisión del evento delictivo, cabe señalar que

conjuntamente con el acusado Serafín Luque Anyaco estaban transportando doce kilos quinientos sesenta gramos de pasta básica de cocaína para su posterior comercialización-, así como a las reglas o factores previstos por los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal; que si bien el acusado Argumedo Gamboa desde la etapa preliminar hasta el juicio oral admitió los hechos materia de acusación, la imposición de una pena por debajo del mínimo legal a tenor del artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales, modificado por el artículo uno de la Ley veinticuatro mil trescientos ochenta y ocho, es facultativa; que, en tal virtud, la pena impuesta se encuentra arreglada a ley. Tercero: Que la sentencia recurrida se ha emitido al amparo de lo dispuesto por el artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, que autoriza la conclusión anticipada del debate oral si el acusado, con la conformidad de su abogado defensor, acepta ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil; que la regla segunda del citado artículo de la ley en referencia prescribe que en ese caso, una vez declarada la conclusión anticipada del debate oral, se dictará sentencia en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad; que estos casos, tal como ha procedido el Tribunal de Instancia, no cabe plantear y votar las cuestiones de hecho a que se refiere el artículo doscientos ochenta y uno del Código de Procedimientos Penales, no sólo porque la norma especial no lo estipula de modo expreso, sino también porque el citado artículo doscientos ochenta y uno de la Ley Procesal Penal presupone una audiencia precedida de la contradicción de cargos y de una actividad probatoria realizada para verificar -rechazando o aceptando- las afirmaciones de las partes, que es precisamente lo que no existe en esta modalidad especial de finalización del procedimiento penal. Cuarto: Que tratándose de una interpretación que sienta un principio acerca del alcance de la regla segunda del artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, y visto su carácter general, corresponde invocar el apartado uno

del artículo trescientos uno- A del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, y disponer el carácter vinculante del fundamento jurídico anterior. Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas cuatrocientos cuarenta y cuatro, de fecha veintisiete de abril de dos mil cinco, en la parte recurrida que condena a Flavio Argumedo Gamboa por delito contra la salud pública -tráfico ilícito de drogas- en agravio del Estado a ocho años de pena privativa de libertad, al pago de trescientos días multa e inhabilitación conforme a los incisos uno, dos y cuatro del artículo treinta y seis del Código Penal por el término de cinco años; con lo demás que contiene; ESTABLECIERON que el fundamento jurídico tercero de la presente Ejecutoria tiene carácter vinculante; en consecuencia, ORDENARON su publicación en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial; y los devolvieron.-

SS.

SIVINA HURTADO

SAN MARTIN CASTRO

PALACIOS VILLAR

LECAROS CORNEJO

MOLINA ORDOÑEZ

- **RN No.948-2005-Junín, del 07.06.2005. Confesión sincera no puede ser invocada para determinar monto de la reparación civil.**

*...“la confesión sincera del citado encausado no puede ser valorada como presupuesto para establecer la cuantía de la reparación civil -que no es una pena-, en tanto que está reservada de ser el caso para rebajar la pena del confeso a límites inferiores del mínimo legal; que la naturaleza de la acción civil ex delito es distinta, pues tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima y, consecuentemente, debe guardar proporción con los bienes jurídicos que se afectan; que de autos se advierte*

*que el encausado Arge Chanco se apoderó de mil novecientos dólares destinados a la compra de computadoras para un centro educativo, lo que generó perjuicio tanto a la propia institución académica cuanto a los educandos; que, siendo así, el monto fijado por el Tribunal sentenciador por concepto de reparación civil se encuentra arreglado a ley.”*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 948-2005 JUNÍN

Lima, siete de junio de dos mil cinco.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Juan Román Marcelino Arge Chanco; de conformidad con la señora Fiscal Suprema en lo Penal; y CONSIDERANDO: *Primero*: Que el recurrente cuestiona la sentencia por los siguientes fundamentos: i) que para la imposición de la pena de inhabilitación no se ha tenido en cuenta su confesión sincera, y se ha puesto en riesgo su subsistencia; ii) que para fijar la reparación civil no se ha observado sus bajos ingresos económicos. *Segundo*: Que se imputa al encausado Arge Chanco que en su calidad de Director del “Centro Educativo de Menores Técnico Industrial Veintisiete de Mayo de Quilca” se apoderó de mil novecientos dólares destinados a la adquisición de dos computadoras. *Tercero*: Que está fuera de toda discusión la culpabilidad del encausado en la comisión del hecho punible; que la impugnación se circunscribe al extremo de la determinación judicial de la pena de inhabilitación impuesta y al monto de la reparación civil; que la confesión sincera del citado encausado no puede ser valorada como presupuesto para establecer la cuantía de la reparación civil -que no es una pena-, en tanto que está reservada de ser el caso para rebajar la pena del confeso a límites inferiores del mínimo legal; que la naturaleza de la acción civil ex delito es distinta, pues tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima y, consecuentemente, debe guardar proporción con los bienes jurídicos que se afectan; que de autos se advierte que el



encausado Arge Chanco se apoderó de mil novecientos dólares destinados a la compra de computadoras para un centro educativo, lo que generó perjuicio tanto a la propia institución académica cuanto a los educandos; que, siendo así, el monto fijado por el Tribunal sentenciador por concepto de reparación civil se encuentra arreglado a ley. *Cuarto:* Que, por otro lado, al acusado Arge Chanco se le impuso un año de pena privativa de libertad por la comisión del delito de peculado, el mismo que da lugar a que se aplique a su autor la pena conjunta, siempre de carácter principal, de inhabilitación conforme fluye del artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal, cuya duración está en función a lo dispuesto por el artículo treinta y ocho del código acotado; que, en tal virtud, debe enmendarse el fallo en ese extremo y fijar la citada pena con arreglo al principio de proporcionalidad, según la entidad del injusto y la culpabilidad por el hecho típico perpetrado. Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en sentencia de fojas doscientos cincuenta y dos, su fecha veintinueve de octubre de dos mil cuatro, que condena a Juan Román Marcelino Arge Chanco por delito contra la administración pública - peculado- en agravio del Estado y del “Centro Educativo de Menores Técnico Industrial Veintisiete de Mayo de Quilca”, a un año de pena privativa de libertad, y fija en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de los agraviados en proporción de quinientos nuevos soles para cada uno; con lo demás que contiene; declararon HABER NULIDAD en la propia sentencia en cuanto impone la pena accesoria de inhabilitación por un año; reformándola: IMPUSIERON la pena principal de inhabilitación de un año conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; y los devolvieron.

SS.

SIVINA HURTADO

SAN MARTIN CASTRO

PALACIOS VILLAR

LECAROS CORNEJO

MOLINA ORDOÑEZ

- **ACUERDO PLENARIO N° 5-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, se fijaron los nuevos alcances de la conclusión anticipada**

“Establecer como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos ocho a veintitrés, la siguiente:

- 1) El Tribunal, en el procedimiento de conformidad, no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias descritos por el Fiscal y aceptados por el imputado y su defensa. Tampoco puede pronunciarse acerca de la existencia o no de las pruebas o elementos de convicción.
- 2) La oportunidad procesal para que el acusado se acoja a la conformidad es cuando se le emplace en el período inicial y, siempre, antes que se inicie propiamente el período probatorio del juicio oral.
- 3) La conformidad parcial está expresamente autorizada por la ley. Es posible un juzgamiento independiente para los acusados no conformados, que se producirá siempre que los hechos estén clara y nítidamente definidos en la acusación, y el relato fáctico que contiene la acusación delimite perfectamente los roles y la conducta específica que realizó cada copartícipe.
- 4) El imputado conformado puede declarar en el juicio contradictorio seguido contra los acusados no conformados. El régimen jurídico de su declaración variará si al momento de su intervención en el juicio son ajenos o no al proceso –criterio de la alteridad-.
- 5) El Tribunal está vinculado absolutamente a los hechos conformados. No sólo tiene un deber de instrucción o información, también tiene poderes de revisión in bonam partem respecto a su configuración jurídica, dentro de los límites del principio acusatorio y del respeto al principio de contradicción, y, en consecuencia, está autorizado a dictar la sentencia

que proceda. Asimismo, puede dosificar la pena dentro del marco jurídico del tipo legal en aplicación de los artículos 45° y 46° del Código Penal.

- 6) La sentencia conformada no tiene efectos extensivos o prejudiciales sobre la sentencia dictada en el juicio contradictorio. Si en el juicio contradictorio surgen datos nuevos que favorezcan la situación jurídica de los reos conformados, en el fallo que se dicte puede revisarse la sentencia con el fin de atenuar la pena.
- 7) Existe cierta coincidencia entre la regulación de la confesión y la función de la conformidad. La confesión, para que configure una circunstancia atenuante de carácter excepcional, está sujeta a determinados requisitos legalmente estipulados, cuya ratio es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos y que sea relevante para la investigación de los mismos. No obstante ello, la conformidad, de cumplir sus requisitos legales, importa necesariamente una reducción de la pena, por aplicación analógica del artículo 471° del Nuevo Código Procesal Penal, aunque con una reducción inferior a la sexta parte.
- 8) La conformidad sobre el objeto civil está informada por los principios dispositivo y de congruencia. Si no se cuestiona la reparación civil no es posible modificarla. Debe respetar la pretensión civil alternativa de la parte civil. Es posible, si fuera el caso, la censura del juicio para la actuación de pruebas en aras de la determinación de la reparación civil. Debe tomarse en cuenta para su concreción la suma global y la regla de la solidaridad en los supuestos de codelinquencia. La variación del monto de la reparación civil en la segunda sentencia no altera la fijada en la sentencia conformada.”

- **ACUERDO PLENARIO N° 5-2008/CJ-116 -del 13 de noviembre de 2009-  
Proceso de terminación anticipada: aspectos esenciales**

**Se fijan aspectos esenciales del proceso de terminación anticipada.**

“El proceso de terminación anticipada importa la aceptación de responsabilidad por parte del imputado respecto del hecho punible objeto del proceso penal y la posibilidad de negociación acerca de las circunstancias del hecho punible, la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias. Así fluye de lo dispuesto en el artículo 468°. 4 y 5 NCPP. Al haberse regulado para todo tipo de delitos –ámbito de aplicación general- y sometido sus reglas a una pauta unitaria, es obvio que, por razones de coherencia normativa y de primacía de la ley posterior que reemplaza un instituto legal determinado, las disposiciones del NCPP han venido a reemplazar a las disposiciones procesales penales especiales, tales como las Leyes número 26320 y 28008. Sin embargo, en el caso de los delitos aduaneros –Ley número 28008-, las normas de contenido relevantemente penal material y las reglas procesales específicas vinculadas a las primeras y al modo cómo se han regulado estos delitos siguen rigiendo, tal es el caso de los literales c), d) y e), y los cinco párrafos finales del artículo 20°.

8°. El proceso de terminación anticipada atraviesa diversas etapas o fases, que va desde la calificación de la solicitud de terminación anticipada –sin que para ello o para la continuación del referido proceso corresponda realizar diligencia preliminar alguna o tomar una declaración al imputado- [fase inicial], hasta la realización de la audiencia respectiva [fase principal] y la consecuente emisión de la decisión resolutoria correspondiente: auto desaprobatario del acuerdo o sentencia anticipada [fase decisoria].

Es claro, por lo demás, que audiencia preparatoria es privada, cuya justificación estriba en que es consecuencia del carácter de publicidad

relativa de la investigación preparatoria y constituye, desde la perspectiva del imputado, uno de los efectos benéficos de este proceso especial, quien apunta a que su caso no se ventile públicamente.

Es condición de la realización de la citada audiencia que la solicitud de terminación anticipada pase el examen judicial de admisibilidad y procedencia. Además, el Juez ha de revisar si el imputado tiene debido conocimiento de los alcances y consecuencia del acuerdo al que puede llegar –es, precisamente, el segundo paso de la audiencia, inmediatamente después de la presentación de los cargos por la Fiscalía-. El consentimiento del imputado, visto el carácter dispositivo de la pretensión o los efectos que entraña, ha de ser libre, voluntario –sin presiones o amenazas-, informado, prestado con el auxilio de un abogado defensor, y con pleno conocimiento de lo que hace o deja de hacer y a lo que se somete una vez que acepta el acuerdo.

9°. Si es que las partes arriban a un acuerdo –que tiene como presupuesto la afirmación de la responsabilidad penal del imputado y, como condición, la precisión de las consecuencias jurídico penales y civiles correspondientes, en perfecta armonía con el principio de legalidad-, corresponde al Juez en ejercicio de su potestad jurisdiccional llevar a cabo los pertinentes controles acerca de la legalidad del acuerdo y de la razonabilidad de la pena.

10°. El control de legalidad del acuerdo se expresa en tres planos diferentes:

- A. El ámbito de la tipicidad o calificación jurídico penal, en relación a los hechos objeto de la causa y a las circunstancias que rodean al hecho punible.

- B. El ámbito de la legalidad de la pena y, en su caso, a su correspondencia con los parámetros, mínimo y máximo, que fluyen del tipo legal aplicado y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad –esto es lo que se denomina ‘pena básica’-. También el juicio de legalidad alcanza al respeto de los ámbitos legalmente definidos de la reparación civil –siendo del caso resaltar que en este extremo prima por completo la disposición sobre el objeto civil- y de las consecuencias accesorias.
- C. La exigencia de una suficiente actividad indiciaria. Ello implica que las actuaciones o diligencias de la investigación permitan concluir que existe base suficiente –probabilidad delictiva- (i) de la comisión de los hechos imputados y de su vinculación con el imputado, y (ii) que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad.

11°. El control de la razonabilidad de la pena está centrado en el examen del quantum de la pena y de la reparación civil objeto del acuerdo. El Juez ha de realizar una valoración que evite que se vulnere, por exceso o por defecto, el principio de proporcionalidad, se lesione la finalidad de la pena o se afecte indebidamente los derechos e intereses legítimos de la víctima. Por consiguiente, sólo podrá rechazar el acuerdo si de modo palmario o evidente se estipule una pena o una reparación civil evidentemente desproporcionada o que en el caso de la pena se lesione ostensiblemente el principio preventivo.

12°. El análisis que corresponde al Juez Penal para homologar el acuerdo que le presentan las partes procesales concernidas es ciertamente distinto a la valoración y examen jurídico penal que hace el Juez en el proceso común luego del juicio oral. En este último el Juez aprecia y valora los actos de prueba y puede aplicar criterios como el *in dubio pro reo* para absolver al imputado, lo que en cierta medida no es posible en el proceso de

terminación anticipada, en atención a los mecanismos reconocidos para su conformación sobre la base del consenso procesal.

Es claro, atento a lo expuesto, que el Juez debe desaprobar el acuerdo si advierte la inexistencia de los hechos, la atipicidad de la conducta atribuida u otra situación similar. Lo correcto en estos casos es que, rechazado el acuerdo, los cargos se diluciden en el proceso común. Es un contrasentido, en atención al ámbito del control jurisdiccional del acuerdo, que se busque una absolución o una decisión que resuelva un objeto distinto al juicio sobre la validez y eficacia jurídica del acuerdo objeto de control jurisdiccional.

#### § 4. Beneficios en el proceso especial de terminación anticipada

13°. La determinación de la pena debe respetar los ámbitos legales referidos tanto a la configuración de la pena básica –definida como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas, sean agravantes y/o atenuantes-, como al establecimiento de la pena concreta o final –que es el resultado de la aplicación de los factores de individualización estipulados en los artículos 45° y 46° del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de criterios referidos al grado de injusto y el grado de culpabilidad-.

El acuerdo deberá determinar la pena concreta o final consensuada, cuyo examen, bajo las pautas señaladas líneas arriba –juicios de legalidad y razonabilidad de la pena-, corresponde realizar al Juez.

14°. El artículo 471° NCPP estipula una reducción adicional acumulable de la pena de una sexta parte. Cabe puntualizar que la última frase del citado dispositivo legal precisa que el beneficio en cuestión es adicional y se acumulará al que reciba por confesión. Ésta última es una circunstancia modificativa de la responsabilidad de carácter genérica y excepcional, en tanto permite disminuir la pena hasta en una tercera parte por debajo del

mínimo legal (artículo 161° NCPP), que lo que hace es redefinir el marco penal correspondiente, de ahí que es lógica la disposición procesal que la diferencia del beneficio por el acogimiento a la terminación anticipada y, por tanto, no encuentra obstáculo a su acumulación.

Ahora bien, la aplicación del beneficio de una reducción de una sexta parte se refiere a la pena concreta o final. Sobre ésta, una vez definida, es que ha de operar la reducción en una sexta parte –es una pauta de disminución fija y automática, es decir, tasada-. El acuerdo podrá consignarla, pero en todo caso siempre diferenciándola de la pena concreta y final, del resultado final como consecuencia del beneficio aludido, a efecto de que el Juez pueda definir con seguridad y acierto la realidad del beneficio premial y su exacta dimensión.

#### § 5. Recursos en el proceso especial de terminación anticipada

15°. Uno de los principios que regulan el régimen jurídico de los recursos es el de taxatividad, que estipula que la admisión de todo recurso está condicionada a que se encuentre taxativa o expresamente previsto en la ley. Integra el presupuesto procesal objetivo del recurso. En este sentido, cada recurso tiene su propia regulación, pues está diseñado para cada situación específica, en cuya virtud no se admite un recurso cuando corresponde otro, lo que es propio del principio de singularidad.

El gravamen o agravio integra el presupuesto procesal de carácter subjetivo del recurso. La admisión de un recurso está condicionada a que perjudique el derecho o interés legítimo de la parte procesal concernida o impugnante. Ésta, como consecuencia del principio dispositivo –eje esencial del sistema de recursos en toda clase de procesos jurisdiccionales-, debe demostrar argumentalmente el perjuicio o agravio sufrido por la resolución que impugna y el recurso ha de presentarse como el remedio capaz de excluir el perjuicio invocado, que debe provenir de la parte resolutive de la resolución judicial.



16°. El artículo 468°.7 NCPP prescribe que la sentencia anticipada, aprobatoria del acuerdo, puede ser apelada por los demás sujetos procesales –se entiende fuera de Fiscal y del imputado, en tanto en cuanto, respecto de estos últimos, la sentencia anticipada respete los límites del acuerdo-. Esta norma no se ha pronunciado acerca de la posibilidad de apelación u otro recurso contra el auto que desaprueba el acuerdo. Sin embargo, es de tener en consideración la regla general establecida por el artículo 416°.1 NCPP, que determina como objeto impugnabile en apelación los autos que ponga fin al procedimiento o a la instancia –literal b)- o, en su caso, los que causen gravamen irreparable –literal e)-.

No cabe duda de la pertinencia de la aplicación de la regla general del artículo 416°.1.b) y e) NCPP, pues la desaprobación del acuerdo tiene como efecto la culminación del proceso de terminación anticipada y, además, causa un gravamen irreparable porque cancela la vía consensuada y evita la aplicación del beneficio premial. Entender que no es así, por lo demás, vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional en la medida que uno de los elementos que integra su contenido constitucionalmente protegido es el acceso a los recursos legalmente previstos, así como infringiría el debido proceso en el ámbito del derecho al recurso –pluralidad de la instancia- respecto de las decisiones que causan estado.

§ 6. Proceso de terminación anticipada y etapa intermedia del proceso común

17°. Dentro de la estructura del proceso común, la etapa intermedia es imprescindible. Una de las funciones más importantes que debe cumplir es el control de los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa con el fin de decidir si procede o no abrir el juicio oral, el procedimiento principal.

El proceso de terminación anticipada no guarda correspondencia con el proceso común. Es un proceso especial sujeto a sus propias reglas de iniciación y con una estructura singular –etapas propias y actuaciones singulares no equiparables con el proceso común, basado en el principio estructural de contradicción y no en el de consenso que informa al primero-. Además, el proceso de terminación anticipada se insta después de expedida la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria y hasta antes de formularse la acusación fiscal (artículo 468°.1 NCPP) y la audiencia especial y privada está sometida a determinadas pautas y ritos, muy distintos a los que rigen la audiencia de control de la acusación, acto de postulación que, a mayor abundamiento, no existe en la terminación anticipada.

18°. El artículo 350°.1.e) NCPP autoriza a las partes procesales, distintas del Fiscal, instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad, entendido en sentido amplio. Se discute si esta norma permitiría que en sede de etapa intermedia se instaure el proceso de terminación anticipada, bajo el entendido de que este último expresa un criterio de oportunidad procesal.

Ya se ha dejado sentado las diferencias sustantivas entre el proceso especial de terminación anticipada y la etapa intermedia del proceso común. El primero tiene como eje el principio del consenso y una de sus funciones es la de servir a la celeridad procesal, mientras que la segunda tiene como elemento nuclear el principio de contradicción y el cuestionamiento -en la medida de lo posible y como alternativa más fuerte de la potestad de control de la legalidad de que está investido el órgano jurisdiccional- de la pretensión punitiva del Ministerio Público. El objeto del principio de oportunidad, entonces, es aquel que busca, en clave material, la dispensa de pena o una respuesta distinta de la reacción punitiva propia del sistema de sanciones del Código Penal, y, como tal, según nuestras normas

procesales, sólo puede estar destinada a la aplicación de los supuestos o ‘criterios’ contemplados en el artículo 2° NCPP. Los mecanismos alternativos que buscan respuestas basadas en la idea del consenso (terminación anticipada, conformidad procesal y colaboración eficaz), por su propia especificidad y singularidad, unido a los controles jurisdiccionales que corresponde realizar, están sometidos a un procedimiento determinado, que no tiene las características, alcances y metodología de la audiencia preliminar de control de la acusación.

Por otro lado, es de acotar que cuando el citado artículo 350°.1.e) NCPP prescribe que en la etapa intermedia se puede aplicar un criterio de oportunidad, tal referencia, sistemáticamente, sólo remite al artículo 2° NCPP. La confusión se debe a que el antecedente directo del principio de oportunidad es el artículo 230° del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que denomina a este dispositivo “criterios de oportunidad”, los cuales, como se observa de su tenor, son los supuestos previstos en el mencionado artículo 2° NCPP.

19°. A mayor abundamiento, la incorporación del proceso de terminación anticipada en la etapa intermedia del proceso común no sólo desnaturaliza su regulación propia y naturaleza jurídica, sino que tergiversa otro eje de su reconocimiento en el proceso penal nacional: la función de acortar los tiempos procesales y evitar las etapas procesales comunes intermedia y de enjuiciamiento, precisamente uno de los fundamentos que permite el beneficio premial de reducción de la pena de una sexta parte. Si se incoa en sede de etapa intermedia no podría aplicarse, en sus propios términos, el artículo 471° NCPP por no cumplir su finalidad político criminal.

20°. La audiencia preliminar de control de la acusación no está diseñada para concretar la terminación anticipada del proceso, pues en la primera solo es obligatoria la asistencia del Fiscal y el defensor del acusado, mientras que

la audiencia de terminación anticipada se instalará con la asistencia obligatoria del Fiscal y del imputado y su abogado defensor. En caso de que no concurra el acusado concernido o los otros si fueran causas complejas o seguidas contra varios encausados, sería imposible desarrollar la audiencia de terminación anticipada. Su aceptación obligaría a fijar otra audiencia, con serio desmedro del principio de aceleramiento procesal.

Desde la perspectiva de los demás sujetos procesales también se producen inconvenientes. Al no ser obligatoria la presencia de ellos no se podrían oponer a la realización de esta audiencia, pues como señala el artículo 468°.3 NCPP el requerimiento fiscal o la solicitud del imputado será puesta en conocimiento de todas las partes por el plazo de cinco días, quienes se pronunciarán acerca de la procedencia del proceso de terminación anticipada y, en su caso, formular sus pretensiones. Empero, al aplicar la terminación anticipada en la etapa intermedia tal trámite, indispensable, no será posible.

21°. De lo expuesto en los párrafos anteriores se colige que la incorporación pretoriana de la terminación anticipada en la etapa intermedia afecta gravemente el principio estructural de contradicción procesal, reconocido en el artículo I.1 del Título Preliminar NCPP, comprendido a su vez en la garantía de defensa procesal reconocida en el artículo 139°.14 de la Constitución, desarrollada en el artículo IX del Título Preliminar NCPP. El indicado principio y la garantía procesal aludida integran el Programa procesal penal de la Constitución, que podrían afectarse seriamente si se permite tan insólito proceder, ausente de base legislativa y sustento jurídico procesal.”

Como podemos resumir de lo expuesto en estas jurisprudencias, que tienen la calidad de ser precedentes vinculantes, es lo siguiente:

- a. La confesión sincera y la conformidad o conclusión anticipada del juzgamiento, son instituciones distintas, aunque tengan el denominador común de acelerar el proceso penal.
- b. La conclusión anticipada de la instrucción judicial se circunscribe a determinados tipos penales y a procesos simples, siempre que se presenten puntuales supuestos procesales, tales como flagrancia delictiva, investigación preliminar con la intervención del Fiscal, con suficiencia probatoria y confesión sincera. La conclusión anticipada en fase oral sí es aplicable a todos los delitos. En ambos casos, sin embargo, la confesión sincera puede tener un efecto relevante en la fijación de la pena.
- c. Se acepta la posibilidad de una conclusión anticipada parcial, siempre que no afecte la situación jurídica de los demás procesados.
- d. La confesión sincera puede (en condicional, no obligatorio) generar la imposición de una pena por debajo del mínimo, queda a criterio del juzgador; la conclusión anticipada, en cambio, siempre tiene efecto en la fijación de la pena, disminuyéndola hasta en una sexta parte, pudiendo sumarse ambos conceptos, es decir, no son excluyentes.
- e. Ni la confesión sincera ni la conformidad pueden ser utilizadas para determinar la reparación civil.

### CAPITULO III: MARCO JURIDICO POSITIVO SOBRE LA CONFESIÓN SINCERA.

#### 3.1. La confesión sincera como parte de las garantías procesales en la Constitución Política de 1993.

En doctrina<sup>138</sup>, se afirma que la justicia penal, al comprometer uno de los valores más preciados del ser humano –como es la libertad- y por suponer la confrontación más intensa que tiene el ciudadano con el poder del Estado, debe encontrarse rodeada de garantías que avalen su afectación solo en los casos estrictamente necesarios. Siempre que este conjunto de garantías concorra en el proceso penal estaremos ante el denominado debido proceso.

En el Exp. No. 0258-2003-HC/TC – Caso Percy Rodríguez Carvajal,<sup>139</sup> el Tribunal Constitucional ha señalado que

*...“el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, forma parte del "modelo constitucional del proceso", cuyas garantías mínimas deben ser respetadas para que el proceso pueda considerarse como debido. En ese sentido, la exigencia de su efectivo respeto no sólo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando éste participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso.”*

Ampliando más sobre el tema, el Tribunal Constitucional, en el Exp. No. 3283-2003-AA/TC – Caso Taj Mahal Discoteque,<sup>140</sup> sostiene que:

<sup>138</sup> Ver Reyna Alfaro, Luis Miguel. *El proceso penal aplicado*. Ed. Gaceta Jurídica. 1ª. Edición. Lima, 2006, p. 176.

<sup>139</sup> Extraído de la página web del Tribunal Constitucional: [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)

<sup>140</sup> Ídem.

*“El procedimiento será calificado como regular cuando la autoridad judicial competente para el caso concreto –por razones de turno, materia, función, cuantía y territorio– resuelva, previo cumplimiento de todos los actos judiciales señalados por la ley, dentro del orden y la sucesión previamente establecidos. La irregularidad se presenta cuando la decisión judicial no ha sido emitida conforme a las formalidades procesales exigidas por la ley. Debe ser de tal magnitud que comprometa decididamente la tutela procesal efectiva, y que, por ende, desnaturalice el resultado natural del proceso.”*

Continúa el Tribunal Constitucional argumentando:

*“En ese sentido, la irregularidad procedimental consistiría en impedir o restringir a una de las partes intervinientes en un proceso el ejercicio pleno de las garantías de la administración de justicia, consagradas en el artículo 139.º de la Constitución, así como de los demás derechos referidos al debido proceso y la tutela judicial efectiva derivados de los convenios internacionales de los cuales el Estado peruano es suscriptor. A guisa de ejemplo, un procedimiento irregular sería aquél en que se condena en ausencia, se vulnera el derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional, se impide o limita el derecho de defensa, se incumple el deber de motivar las resoluciones judiciales, se cercena el derecho a la instancia plural, se desconocen los efectos de la cosa juzgada, que se vulnera el principio de predeterminación del juez natural, se aplica una ley por analogía en el ámbito penal, no se aplica la disposición más favorable al reo, [...]*

César Landa<sup>141</sup>, respecto al debido proceso, nos explica que: ...“la doctrina y la jurisprudencia nacionales han convenido en que el debido proceso es un derecho fundamental de toda persona –peruana o extranjera, natural o jurídica- y no sólo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional. En esa medida, el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona y es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional valorativa a ser respetada por todos (...) En consecuencia, el debido proceso encierra en sí un conjunto de garantías constitucionales que se pueden perfilar a través de identificar las cuatro etapas esenciales de un proceso: acusación, defensa, prueba y sentencia”...

Por su parte, Anibal Quiroga<sup>142</sup> sostiene que ...“el debido proceso legal es la institución del derecho constitucional procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso penal jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia, razonabilidad y legitimidad de resultado socialmente aceptable.”

De lo expuesto en la jurisprudencia y la doctrina constitucionales en comento, sin temor a equivocarnos podemos concluir, entonces, que la confesión sincera forma parte del contenido de un debido proceso, en la medida que la confesión es una declaración brindada libremente, que forma parte incluso de una estrategia de defensa, considerando además que sobre el procesado recae el principio protector de la presunción de inocencia. Así, una confesión obtenida con coacción o bajo tortura, evidentemente no puede generar efecto alguno en tanto que vulnera gravemente estos principios y garantías constitucionales, lo que ocasionaría la nulidad de dicho proceso que

---

<sup>141</sup> Landa, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. pp. 196-197.

<sup>142</sup> Quiroga León, Aníbal, *El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos*. Jurista Editores. Lima 2000, p. 43.



comprendería hasta el acto mismo de la sentencia, si es que ya se hubiera expedido, sin que ello implique una afectación al principio de la cosa juzgada.

Como ya el propio Tribunal Constitucional lo ha señalado en reiteradas sentencias, ningún derecho tiene carácter absoluto; así, la institución de la cosa juzgada debe ceder ante la vulneración de los derechos fundamentales de la persona, es decir, si una sentencia condenatoria es expedida de manera arbitraria, con vulneración del derecho al debido proceso, a la legitimidad de la prueba, el principio de culpabilidad para la aplicación de la pena y debida motivación de las resoluciones judiciales, debe –sólo de manera excepcional- declararse su nulidad para que sus efectos no vulneren la libertad individual (y sus derechos conexos) de las personas.

En abono de esta tesis, el magistrado argentino Orgaz<sup>143</sup>, en el Caso Pucci, Fallos CSJN, 243-306, ...“luego de admitir que el principio general era el que enunciaba la mayoría acerca de que el hábeas corpus no autoriza a dejar sin efecto decisiones de otros tribunales, (...) señaló que este principio no era absoluto (con ironía, agregó que en Derecho ninguna doctrina lo es). Dijo así que, en materia penal, la irrevisabilidad de las decisiones firmes dependía naturalmente de que la competencia misma del tribunal que las dicte no esté gravemente cuestionada, y que el proceso sea conducido de manera ordinaria y regular.”

### **3.2. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos.**

Dentro de la concepción que señaláramos anteriormente -respecto al debido proceso, derecho de defensa y presunción de inocencia- la confesión sincera la encontramos también en el más importante documento internacional sobre derechos humanos en los siguientes artículos:

---

<sup>143</sup> Citado por Carrio, Alejandro. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Ed. Hammurabi. 3ª. Edición, 1ª. Reimpresión 1997. Buenos Aires – Argentina, p.112.

## **Artículo 10**

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

## **Artículo 11**

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

### **3.3. En la Convención Americana sobre Derechos Humanos.**

Con similar redacción lo hallamos a nivel regional:

#### ***Artículo 8. Garantías Judiciales***

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
  - (...)
  - b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
  - (...)

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

(...)

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

(...)

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

### **3.4. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.**

Lo encontramos en el siguiente:

#### ***Artículo 14***

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.
2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
  - a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
  - (...)
  - d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés

de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

(...)

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

### **3.5. En el Código de Procedimientos Penales de 1940.**

El artículo 136 del aún vigente Código de Procedimientos Penales establece que:

“La confesión del inculcado corroborada con prueba, releva al juez de practicar las diligencias que no sean indispensables, pudiendo dar por concluida la investigación siempre que con ella no se perjudique a otros inculcados o que no pretenda la impunidad para otro, respecto del cual existen sospechas de culpabilidad. La confesión sincera debidamente comprobada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso a límites inferiores al mínimo legal.”

### **3.6. En el Nuevo Código Procesal Penal.**

Con una mejor redacción y más completo en su tratamiento, lo encontramos en los siguientes artículos:

#### **Artículo 160: Valor de prueba de la confesión.**

1. La confesión, para ser tal, debe consistir en la admisión de los cargos o imputación formulada en su contra por el imputado.
2. Sólo tendrá valor probatorio cuando:
  - a. Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción.
  - b. Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas; y,
  - c. Sea prestada ante el juez y el fiscal en presencia de su abogado.

### **Artículo 161: Efecto de la confesión sincera.**

Si la confesión, adicionalmente, es sincera y espontánea, salvo los supuestos de flagrancia y de irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso, el juez, especificando los motivos que la hacen necesaria, podrá disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal.

#### **3.7. En el Código Penal.**

El artículo 46, respecto a la individualización de la pena, sostiene:

“Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente :

(...)

10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto.

#### **3.8. En la Ley 28122, sobre Conclusión Anticipada del Proceso por confesión sincera.**

El artículo 5 de este dispositivo legal establece:

“En los casos de confesión sincera, la Sala o el Juez, actuarán conforme a las siguientes reglas:

1. La Sala, después de instalada la audiencia, preguntará al acusado si acepta ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil.
2. Si se produce la confesión del acusado, el juzgador preguntará al defensor si está conforme con él. Si la respuesta es afirmativa se declara la conclusión anticipada del debate oral. La sentencia se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho (48) horas bajo sanción de nulidad.

3. Si el defensor expresa su conformidad, pero condicionándola a la oralización de algún medio probatorio, se atenderá el pedido, así como se permitirá argumentaciones y refutaciones sobre la pena o la reparación civil. Seguidamente, se suspenderá la sesión para expedir sentencia, prosiguiéndose la audiencia con los no confesos, salvo que la Sala estime que se afectaría el resultado del debate oral.”

## **CAPITULO IV. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.**

### **4.1. Descripción del método y diseño a seguir en la investigación.**

#### **4.1.1. Tipo de investigación.**

Esta investigación es básicamente de carácter descriptiva-dogmática, pues busca identificar los factores que determinan que los magistrados superiores expidan sentencias condenatorias sin valorar debidamente la confesión sincera para efectos de la graduación de la pena y eventual aplicación del beneficio de reducción de la pena, en los distritos judiciales de Lima, Ica y Junín durante los años 2007-2008, a fin de plantear soluciones que se puedan presentar ante las autoridades competentes.

#### **4.1.2. Métodos y técnicas a utilizar.**

- Análisis
- Síntesis
- Descriptivo
- Explicativo
- Inductivo
- Deductivo
- Comparativo

Las técnicas a emplear.

- Documental (fichas).
- Entrevistas.
- Encuestas.

#### **4.1.3. De la muestra.**

- **Espacial:** La investigación comprenderá los Distritos Judiciales de Lima (4 Salas Superiores Penales), de Ica (2 Salas Superiores

Penales) y de Junín (2 Salas Superiores Penales). Cabe precisar que el criterio empleado para esta designación es la alta tasa de procesos penales en atención a la población de estos distritos, lo que es un indicador de mayor violencia existente en estas ciudades.

- **Temporal:** 2007 – 2008.
- **Cualitativa:** Procesos penales tramitados vía ordinaria donde se haya concluido el debate oral por confesión sincera del acusado.
- **Cuantitativa:** 20 expedientes al año por Sala Superior Penal en el Distrito Judicial de Lima, son: 160 expedientes. 10 expedientes al año por Sala Superior Penal de los Distritos Judiciales de Ica y Junín, son: 80 expedientes. Total: 240 expedientes.  
Entrevistas con 12 Magistrados Superiores de las Salas Penales, 20 Abogados de la especialidad penal y 20 justiciables de los Distritos Judiciales mencionados.
- **Muestra:** consideramos que la muestra propuesta representa, de manera aleatoria, el 50% del total de los magistrados superiores que laboran en los distritos judiciales mencionados, pues consideramos que tal porcentaje nos da un alto nivel de seguridad en el análisis de los resultados, contando adicionalmente con las entrevistas con los abogados especialistas en lo penal y justiciables que nos permitirán un mejor estudio.



#### **4.1.4. Instrumentos de recolección de datos.**

Son: Documental (fichas), entrevistas y encuestas.

#### **4.1.5. Ordenamiento y análisis de datos.**

- Ordenación
- Clasificación
- Conteo
- Tabulación de muestra

#### **4.1.6. Interpretación de muestras ya procesadas.**

Para la interpretación de las muestras ya procesadas se va a realizar:

- Estudio sistemático e integral de las muestras ya procesadas, teniendo como referentes la hipótesis, variables e indicadores del problema, los métodos y técnicas aplicadas, explicación de variables, según el diseño de investigación ejecutada.
- Argumentación.
- Contrastación de la hipótesis con la conclusión.

## **CAPITULO V: CONTRASTACIÓN Y COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS. ESTADÍSTICAS.**

### **5.1. De la hipótesis.**

El comportamiento procesal del imputado, el aspecto cognitivo-valorativo y hermenéutico de los magistrados superiores, son los factores principales que determinan que se emitan sentencias condenatorias sin valorar debidamente la confesión sincera para efectos de la graduación de la pena y eventual aplicación del beneficio de reducción de la pena en los Distritos Judiciales de Lima, Ica y Junín durante los años 2007-2008.

### **5.2. Objetivos.**

#### **5.2.1. Objetivo general.**

Identificar los factores que determinan que se emitan sentencias sin valorar debidamente la confesión sincera para efectos de la graduación de la pena y eventual aplicación del beneficio de reducción de la pena, en los procesos penales ordinarios en los Distritos Judiciales de Lima, Ica y Junín durante los años 2007-2008.

#### **5.2.2. Objetivos específicos.**

- a) Explicar en qué medida la no aplicación de la confesión sincera afecta la correcta administración de justicia.
- b) Demostrar que no existe uniformidad en los supuestos que se requieren para aplicar la confesión sincera.
- c) Demostrar que una aplicación uniforme de los supuestos para la confesión sincera contribuye a fortalecer la percepción de seguridad jurídica en la sociedad en general.

### **5.3. Síntesis del trabajo de campo.**

#### **5.3.1. Algunas cuestiones previas.**

Para el desarrollo del trabajo de campo o investigación tuvimos una serie de dificultades que no contemplamos al momento de desarrollar nuestro proyecto, en la medida que era algo no previsible y que dificultaron realizar nuestra labor, sobre todo en el acopio de las muestras.

Básicamente, nos encontramos con dificultades para obtener las entrevistas a los Magistrados, abogados y los justiciables. En el primer caso estaban referidos principalmente a su carga laboral y limitado horario de atención al público, además de la propia reticencia que nos manifestaron muchos de ellos para someterse a la entrevista, situación que también se apreció con los abogados, quienes aduciendo estar ocupados se negaban a brindarnos la entrevista o desarrollar las encuestas. Realmente consideramos que esto se debe a una suerte de temor de los Magistrados y Abogados por la posibilidad de quedar “mal parados” ante estas entrevistas y encuestas, a pesar que se les reiteraba que los resultados iban a ser reservados, así como sus respectivas identidades (anónimos).

Con respecto a las entrevistas con los justiciables, tuvimos un problema de operatividad, principalmente; toda vez que los casos analizados contaban con sentencias en las que -en aplicación de la confesión sincera- se habían dictado penas por debajo del mínimo legal y, por tanto, sin prisión efectiva, por lo que su ubicación física resulta ser muy difícil, igual para los casos que pudieran estar detenidos, pues lo que se pretende era entrevistarse exclusivamente con justiciables en las que se haya aplicado la confesión sincera.

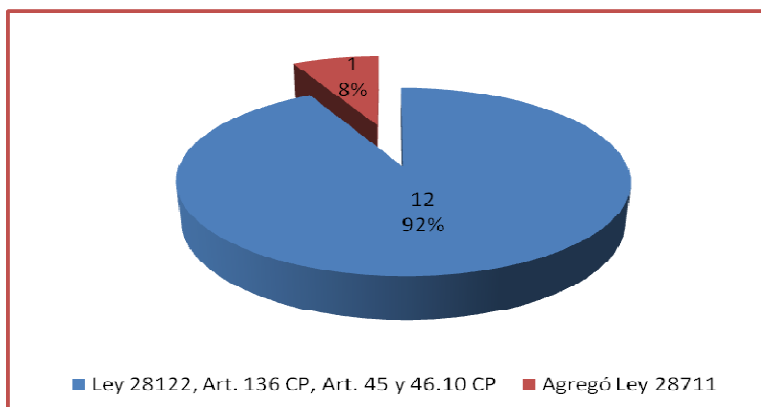
Igual dificultad tuvimos en el acopio de las sentencias, pues éstas no se encontraban en Mesa de Partes de las Salas Penales, sino que estaban ya archivadas por la aplicación de la confesión sincera y no hay clasificación que pudiera facilitar su búsqueda, sino que ésta se archiva de modo general y resulta ser muy difícil y demorado el buscar en cada uno de los expedientes si estos concluyeron anticipadamente por confesión sincera, además del propio celo para entregarnos copias de los mismos.

Por todo ello, debemos señalar que los resultados que a continuación analizaremos se obtuvieron sobre la siguiente muestra: 13 Vocales, 18 abogados y 4 sentenciados; así como un total de 653 sentencias expedidas por conclusión anticipada en aplicación de la confesión sincera, que consideramos una muestra válida para el desarrollo del presente trabajo.

### **5.3.2. Resultados de las encuestas, interpretación y análisis.**

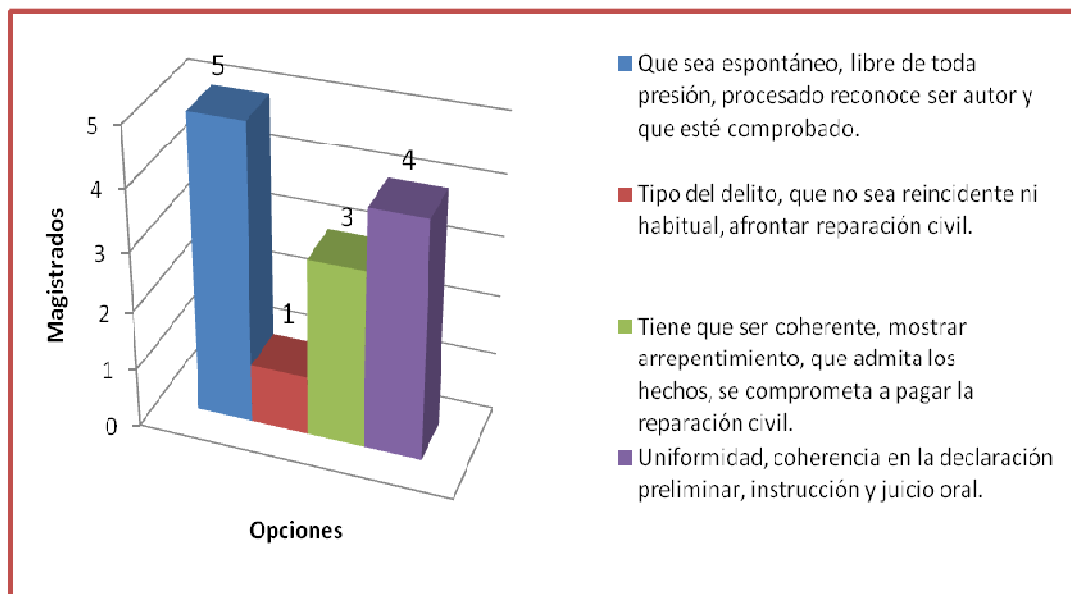
#### **A Magistrados.**

#### **1. ¿Cuáles son las normas que regulan la confesión sincera?**



Salvo un error al enunciar el dispositivo legal –la Ley 28711 se refiere a una modificación a la Ley de Partidos Políticos para la entrega y publicación del Plan de Gobierno, del 18 de abril de 2006- los Magistrados entrevistados tienen claro sobre cuáles son las normas legales vinculadas a la confesión sincera, así como sobre los alcances de la conclusión anticipada del juicio oral debido, precisamente, a esta confesión.

## 2. ¿Cuáles son los supuestos para sostener que estamos ante una confesión sincera?



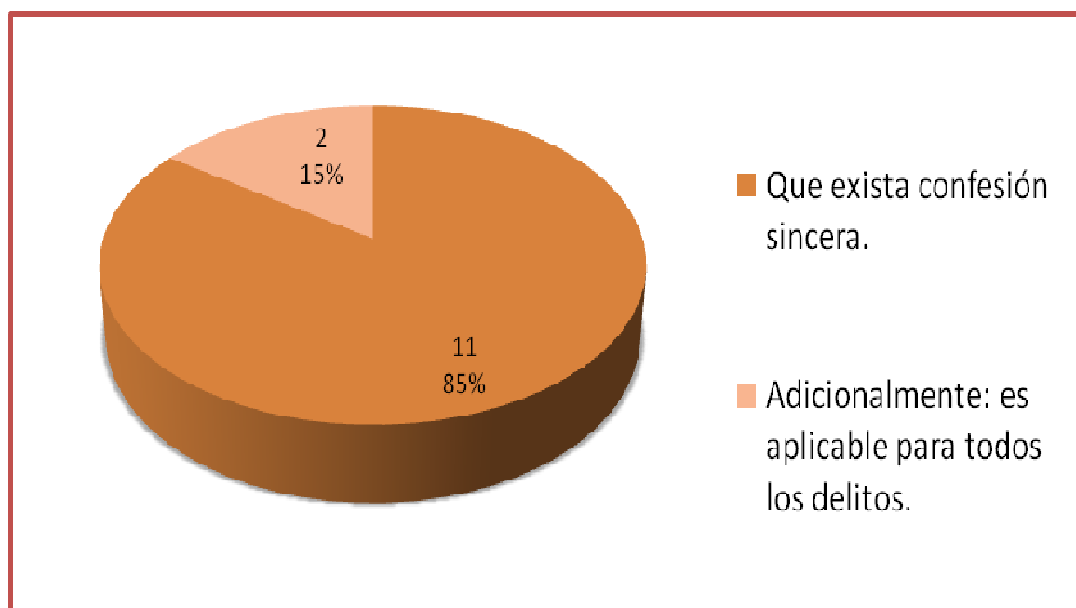
Aquí apreciamos la diversidad de opiniones que tienen los Magistrados y que dificultan, precisamente la aplicación y valoración objetiva de la confesión sincera al momento de dictar sentencia. Así, por ejemplo, se exigen elementos no contemplados en los diversos dispositivos mencionados y que norman la confesión sincera; tal es el que no sea reincidente, ni habitual, el mostrar arrepentimiento (que

consideramos es una cuestión absolutamente subjetiva, de acuerdo al criterio que pueda tener cada juzgador y, por tanto, poco confiable) o por el tipo del delito, con lo cual se confunde con la terminación anticipada de la instrucción contenida también en el mismo dispositivo Ley 28122, la que sólo se admite ante los delitos de robo, hurto, lesiones y microcomercialización de drogas. En cambio, la conclusión anticipada por confesión sincera en el juicio oral puede ser aplicada a cualquier tipo de delitos.

Como mencionáramos ya anteriormente al referirnos al análisis doctrinal y jurisprudencial de la confesión sincera, es de mencionar que la propia Corte Suprema no tiene uniformidad sobre cuáles son los supuestos exigidos para sostener que estamos ante esta confesión sincera. Sin embargo, de los resultados en comento, sí es satisfactorio apreciar que se exige que la declaración sea libre y no sujeta a presión o coacción alguna, con lo que se manifiesta una clara demostración del principio *pro homine*.

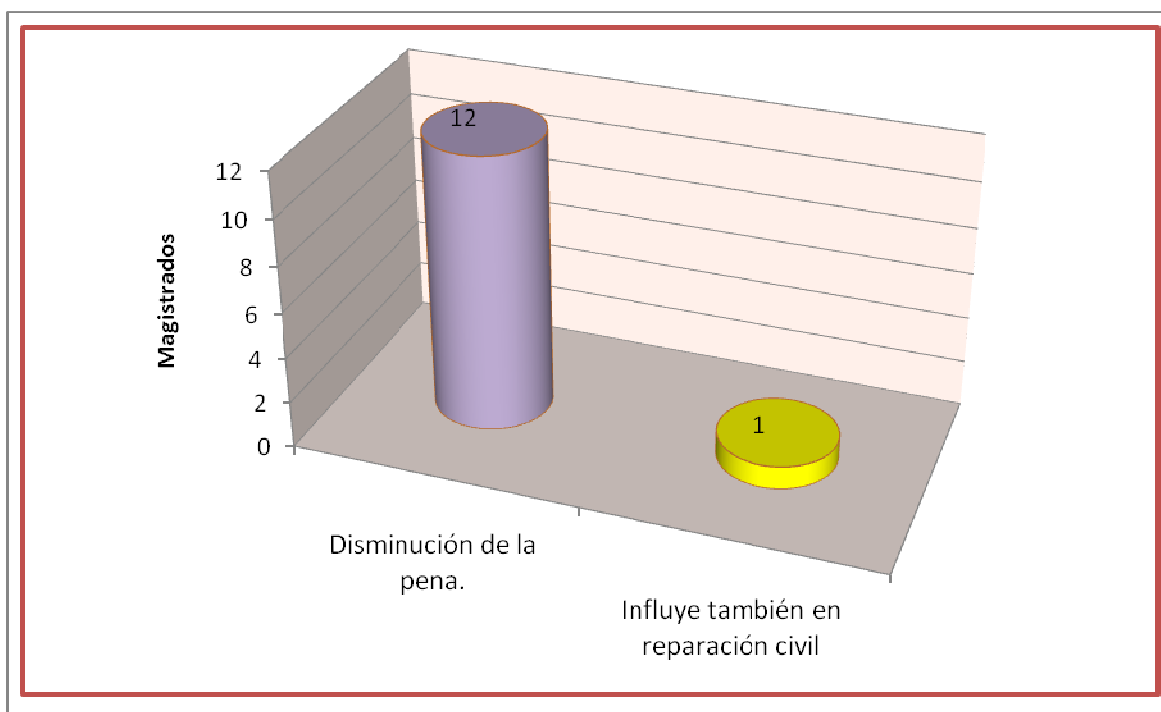
Finalmente, concordando con distinguidos autores, entre ellos el profesor universitario y magistrado supremo, doctor Víctor Prado, consideramos que la sede natural de la confesión sincera es la audiencia o juicio oral, en donde se puede manifestar y apreciar este acto en toda su magnitud. Por ello, no compartimos el criterio de exigir uniformidad de la confesión; pero sí que ésta coadyuve a los fines del proceso penal, específicamente nos referimos a su aspecto utilitario y de coherencia para ser beneficiario de la reducción de la pena concreta.

**3. ¿Cuáles son los supuestos exigidos para la conclusión anticipada en el juicio oral?**



Bueno, de este cuadro se aprecia que existe claridad en la aplicación de la conclusión anticipada del juicio oral; sin embargo, la objeción principal se mantiene, esto es: ¿cuándo estamos ante una confesión sincera? De otro lado, aunque sólo dos entrevistados lo manifestaron, debe quedar también claro que la confesión sincera en el juicio oral es aplicable a todos los delitos, no se encuentra limitado a sólo unos cuantos, como sí ocurre con la terminación anticipada de la instrucción. Consideramos que debería darse una mayor difusión para su eficaz aplicación.

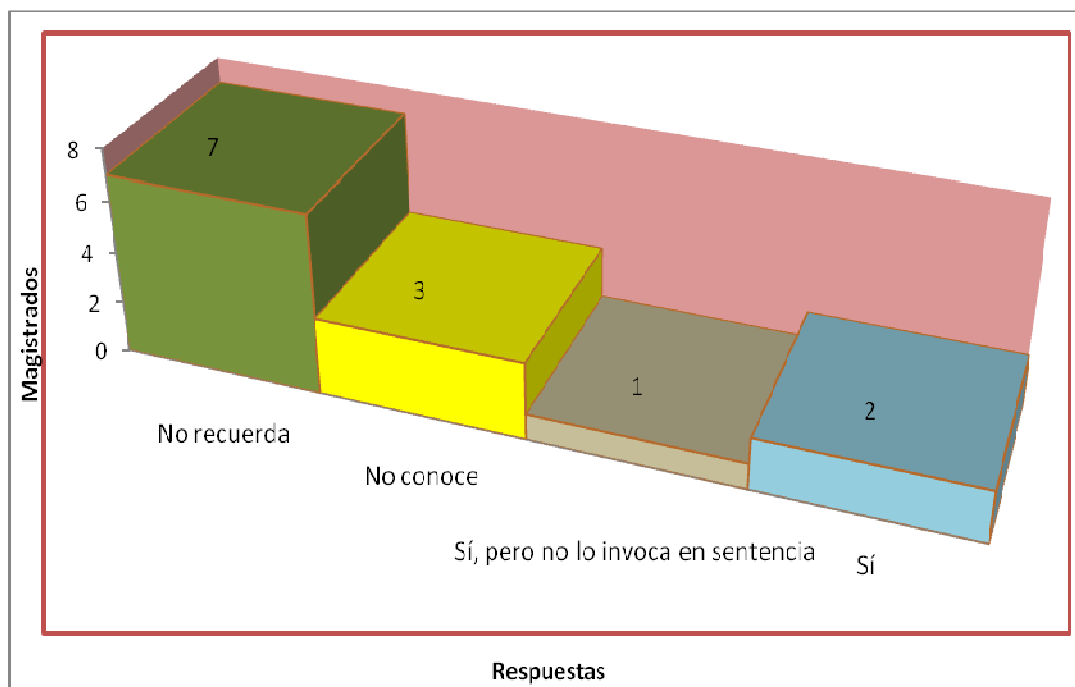
**4. ¿Cuáles son los efectos de la confesión sincera en la aplicación de la pena y reparación civil?**



Igual ocurre también con los efectos de la confesión, la que evidentemente se refiere a la disminución de la pena. Sin embargo, es de referir que el artículo 5 de la Ley No.28122 hace mención únicamente a que el procesado acepta la responsabilidad de la reparación civil, es decir, que será el responsable en el pago de la reparación civil que establezca la Sala, pero en modo alguno la confesión sincera va a influir o a va a tener algún impacto en el momento de fijar la suma de la reparación civil –sea para incrementar o disminuir su monto- pues éste tiene otros criterios para establecerlos; como, por ejemplo, el daño ocasionado a la persona agraviada por el delito.

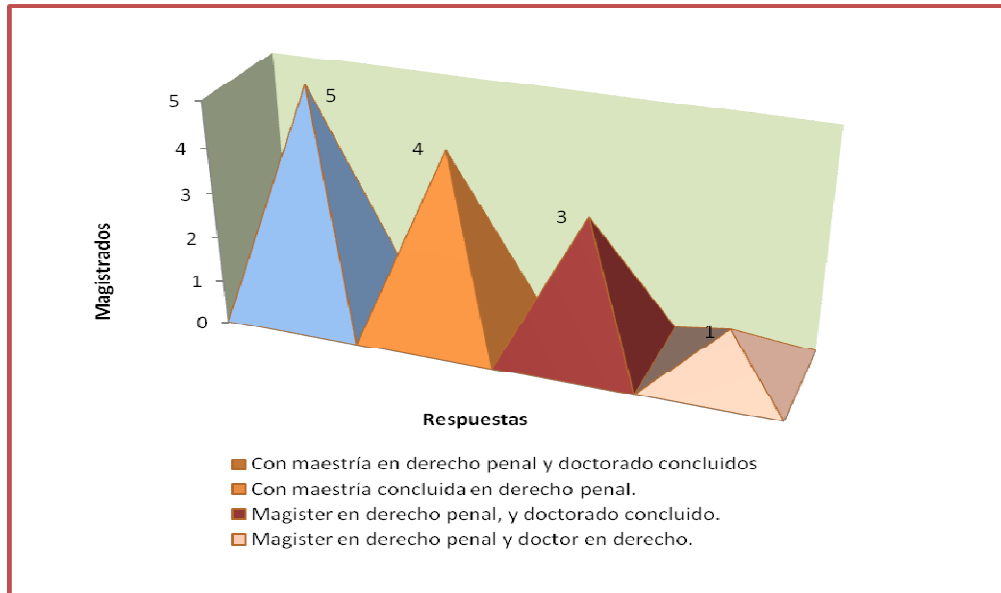


**5. Conoce usted algún o algunos precedentes vinculantes relacionados con la confesión sincera y la conclusión anticipada del juicio oral.**



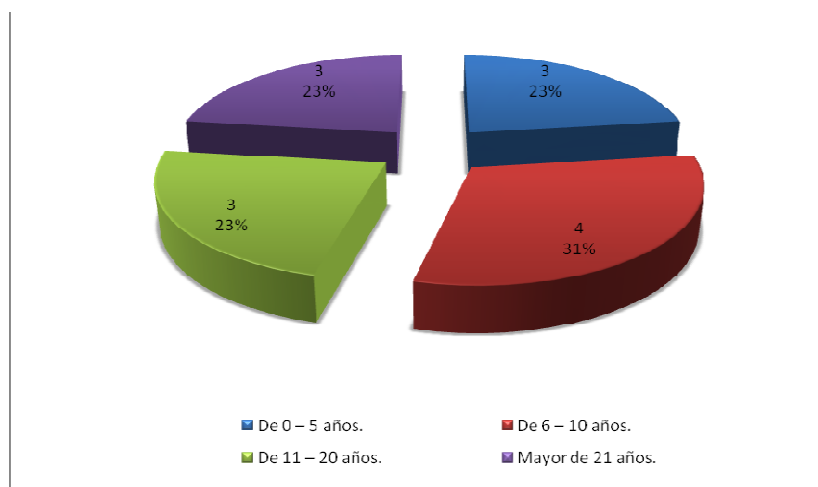
Esta tabla nos muestra unos resultados que sí nos preocupa; cual es: que un importante porcentaje de Magistrados entrevistados no conocía o no recordaba algún precedente vinculante relacionado con la confesión sincera. Esto a pesar del importante esfuerzo y aporte que vienen realizando los Magistrados de la Corte Suprema por contribuir a la predecibilidad de la administración de la justicia penal en nuestro país. Consideramos que es necesario seguir insistiendo en las capacitaciones específicamente sobre este tema, pues estamos convencidos de que contribuirá a que las sentencias tengan mejores fundamentos y la percepción que tiene la población de sus Magistrados mejore ostensiblemente.

## 6. Grado de estudios alcanzados por el Magistrado.



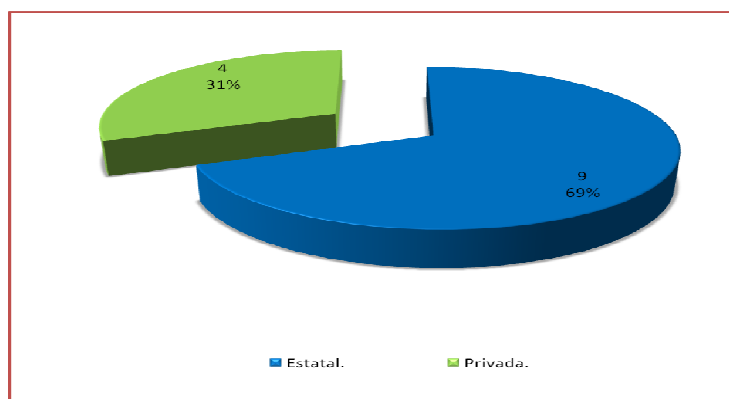
No se puede dejar de reconocer el aporte de distintas instituciones como el Consejo Nacional de la Magistratura, de la Academia de la Magistratura, del Poder Judicial y de los propios Magistrados por mejorar su nivel profesional, y esto se refleja en este cuadro, en la que prácticamente el 100% tiene estudios de postgrado, aunque también es verdad que a una gran mayoría les falta obtener específicamente el grado, entendemos –por las conversaciones sostenidas- que ello se debe a la falta de tiempo para el desarrollo y sustentación de sus proyectos y tesis, debido a que la carga procesal que tienen les absorbe mucho tiempo. Igualmente, es de reflexionar que sería muy importante y cualitativamente destacable, el hecho de que se pusiera en práctica inmediata y utilizar todo lo que se pueda aprender, como ocurre con la observación anterior respecto a los precedentes vinculantes relacionados con la confesión sincera.

## 7. Tiempo de servicios en el Poder Judicial.



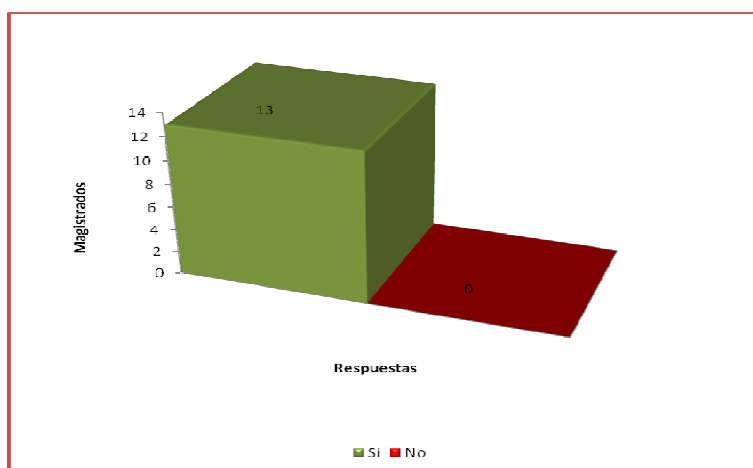
Consideramos que era importante saber el nivel de estabilidad laboral que tenían los Magistrados entrevistados, y fue revelador que un porcentaje importante, cercano al 46% tuviera más de 11 años en el ejercicio de la judicatura, en la que incluso habían algunos que procedían de la carrera judicial, es decir, desde practicantes hasta asumir la importante función que ahora cumplen. Es necesario respetar, entonces, la estabilidad en el cargo, eliminando las encargaturas o provisionalidad que mucho daño hacen; pero al mismo tiempo promoviendo cada vez más la profesionalización e independencia de la administración de justicia.

## 8. Universidad de origen.



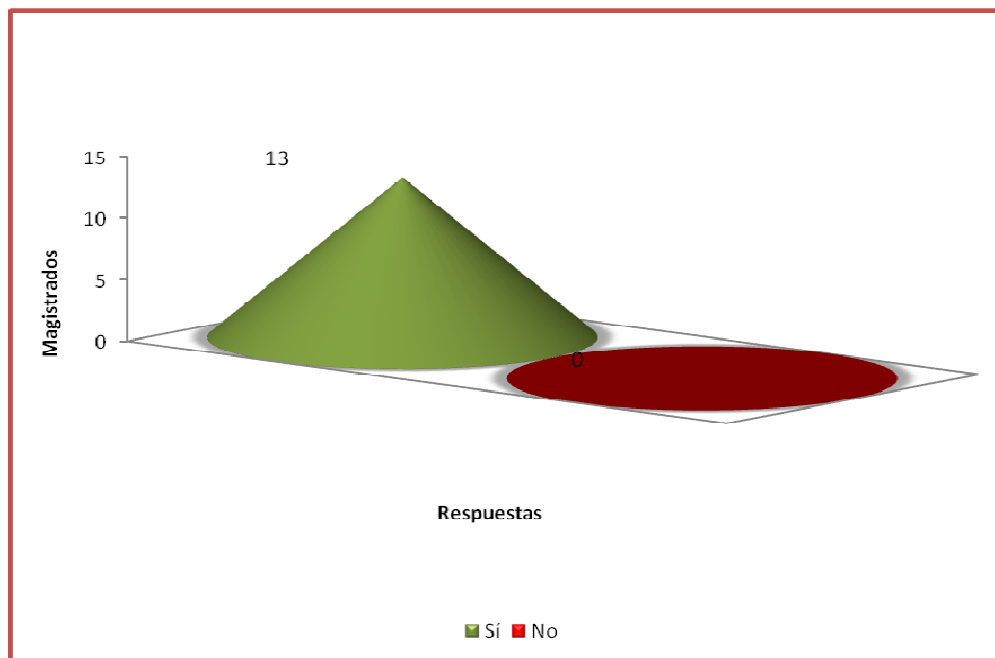
Estos resultados confirman lo que es *vox populi*, la preferencia de los egresados de las universidades públicas por la carrera judicial, mientras que los egresados de las universidades privadas mayoritariamente por el asesoramiento privado a través de grandes estudios o asesoramiento empresarial.

## 9. Llevó algún curso de especialización en los últimos 2 años.



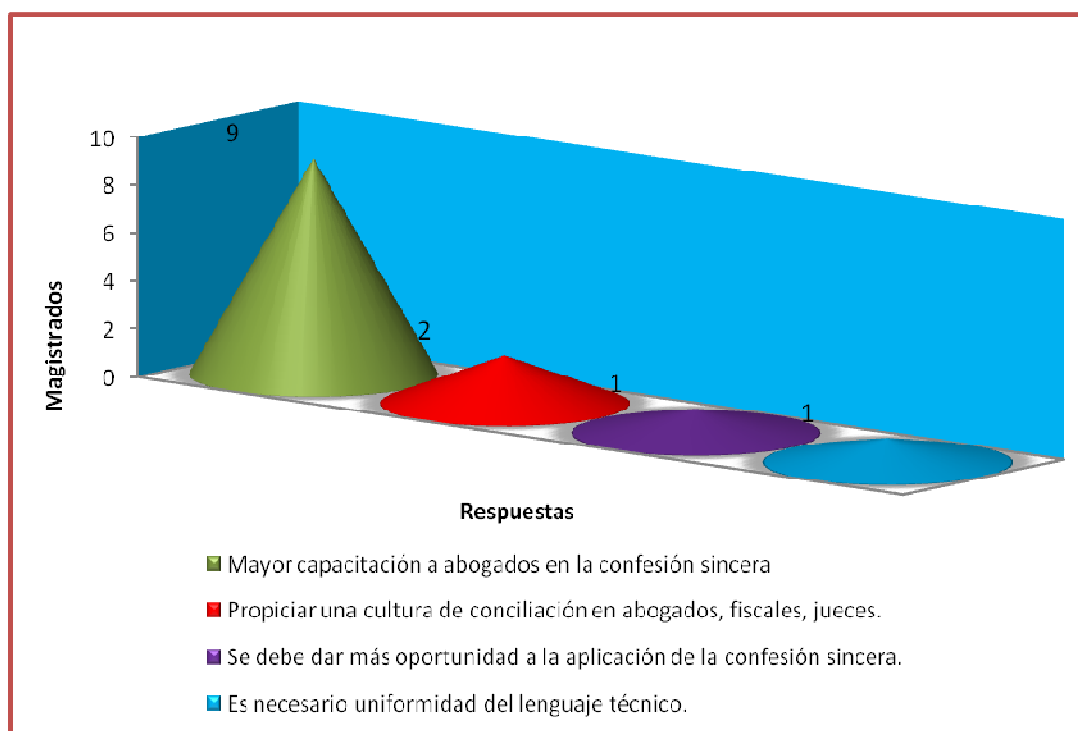
Igualmente, el siguiente cuadro nos revela la preocupación que tienen los Magistrados por su capacitación. Consideramos que el sistema de revalidación periódica que se realiza ante la CNM contribuye a ello, y que definitivamente influye en un mejor servicio a la colectividad.

**10. Si la Corte organizó curso de su especialización en el último año.**



Con el mismo objetivo también se aprecia los resultados de este cuadro, pero esta vez referido a la preocupación que también manifiestan las Presidencias de las Cortes Superiores por contribuir a mejorar el nivel profesional de los Magistrados. Ellas también organizan sus propias actividades de capacitación o actualización. Es de resaltar que en las visitas que se realizó a las distintas sedes se pudo observar afiches o publicidad sobre estos temas.

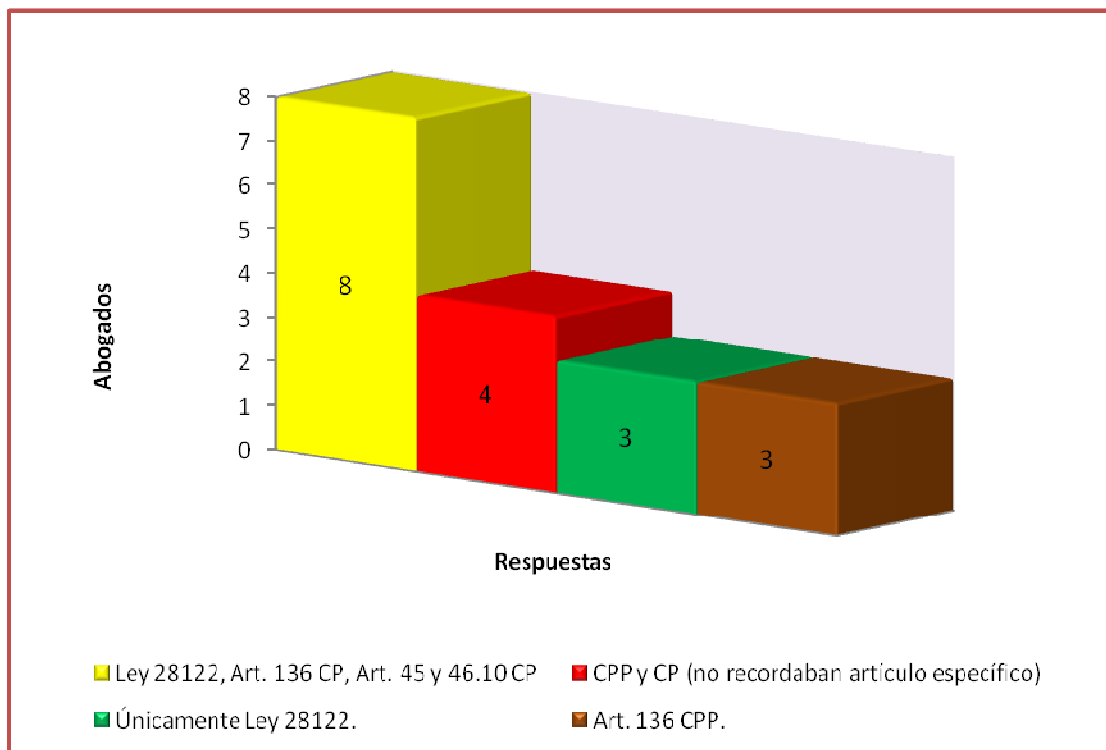
## 11. Sugerencias planteadas.



Una de las cosas muy sintomáticas que advertimos en las entrevistas que tuvimos con los Magistrados, es que hay una gran sensibilidad por promover la aplicación de la confesión sincera, tal como se aprecia del cuadro en comento; incluso, nos manifestaron que en algunas ocasiones fueron ellos mismos quienes promovieron en los abogados y los justiciables acogerse a sus beneficios a través de una explicación sobre sus alcances, hecho que debió ser promovido básicamente por los letrados. La percepción que la judicatura tiene es que son los abogados los que no promueven ni difunden los alcances y beneficios de la confesión sincera, en tanto que afectaría a sus intereses económicos debido a que se produce la conclusión anticipada del proceso -fuente de sus ingresos. Comentario que no está lejos de la verdad en razón de los resultados a las entrevistas a los abogados que se comentan a continuación.

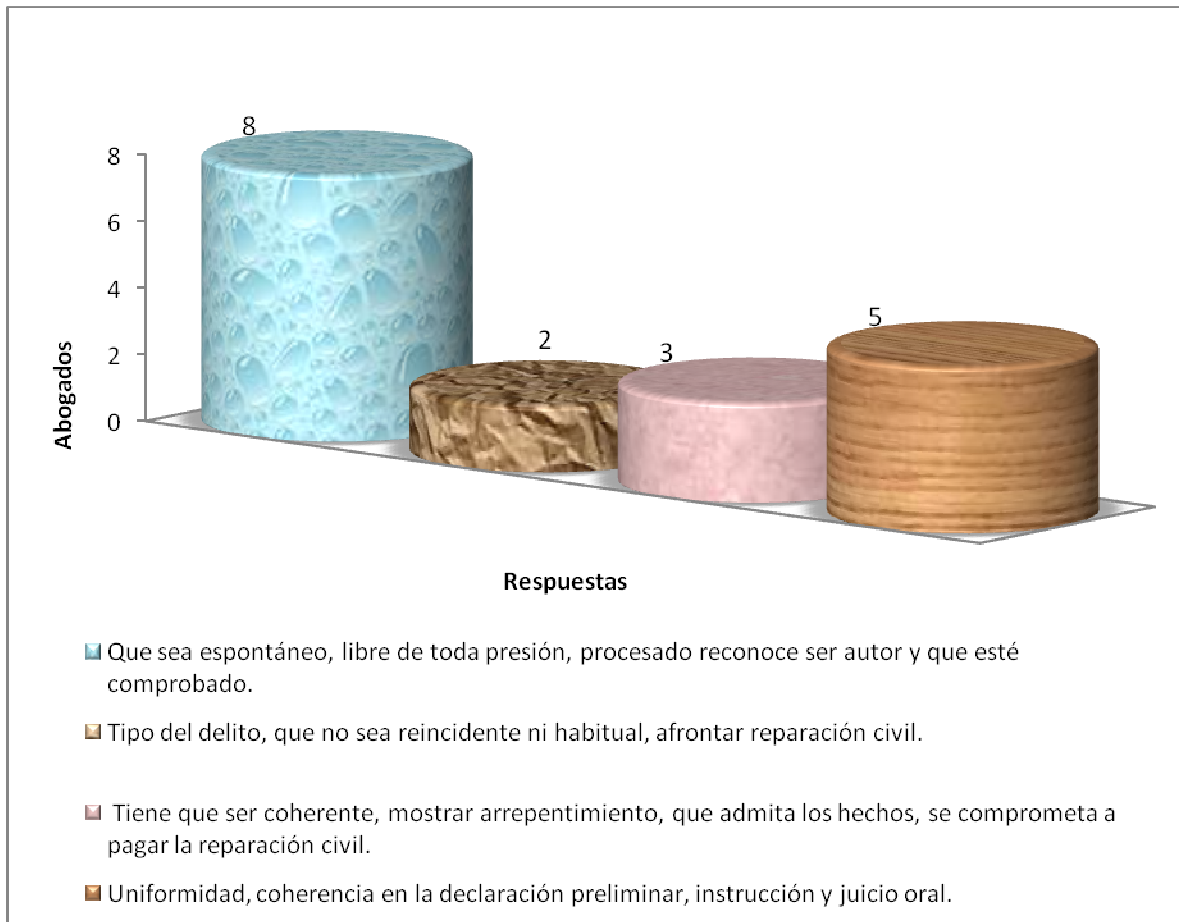
## A Abogados.

### 1. ¿Cuáles son las normas que regulan la confesión sincera?



Consideramos que estos datos deberían ser tomados de manera conjunta con lo señalado en el punto 6 de estas mismas encuestas, pues el mayor desconocimiento que se aprecia de las normas relacionadas con la confesión sincera inciden directamente en su invocación oportuna. En tal sentido, creemos pertinente incidir en una mayor difusión y capacitación sobre los alcances y beneficios de la confesión sincera, incluso como una estrategia para disminuir la carga procesal existente en las Salas Penales y, por qué no, también en los centros penitenciarios.

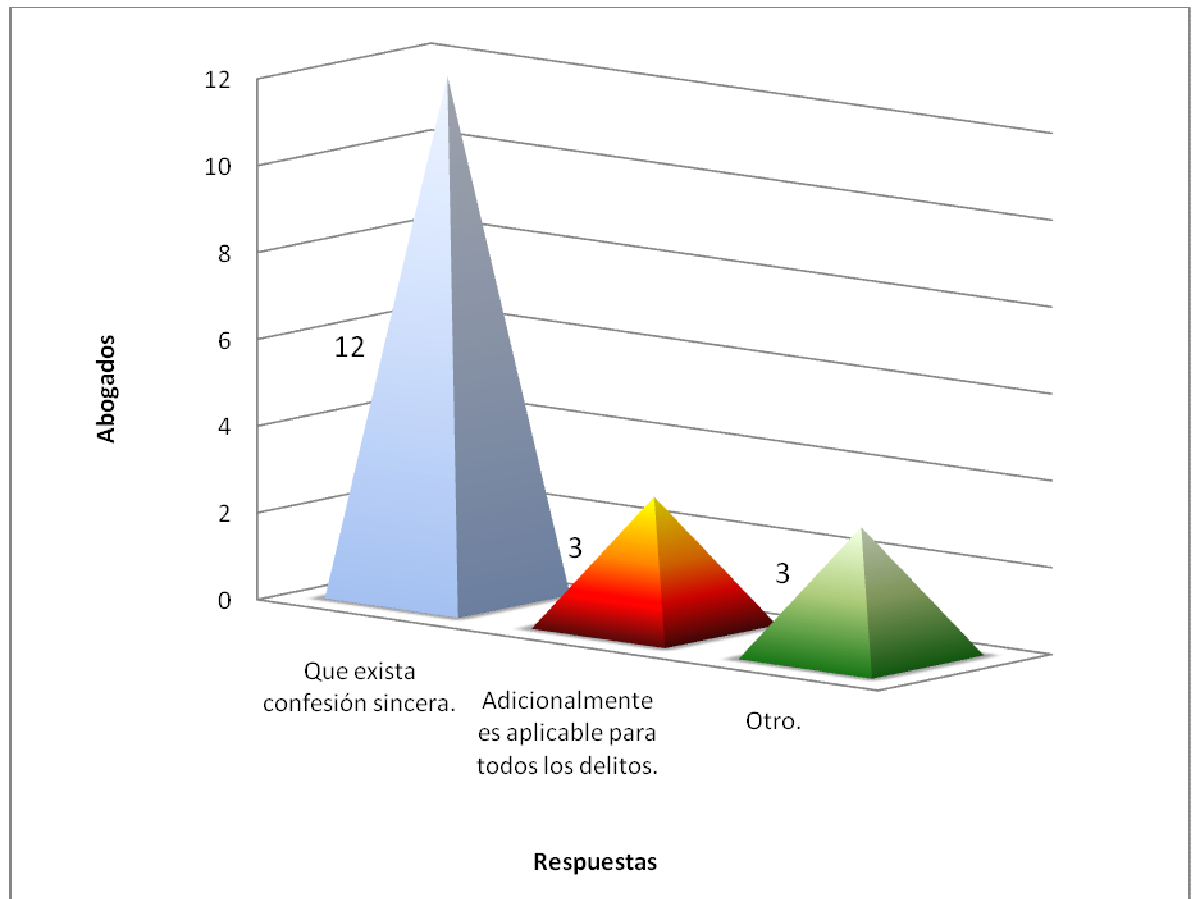
## 2. ¿Cuáles son los supuestos para sostener que estamos ante una confesión sincera?



Bueno, realmente se mantienen los comentarios que hicimos a los resultados obtenidos de los Magistrados ante esta misma pregunta, es decir, no existe un criterio uniforme sobre los supuestos exigidos para la confesión sincera; en todo caso, y para no ser repetitivo, nos referimos a nuestros comentarios expuestos anteriormente.

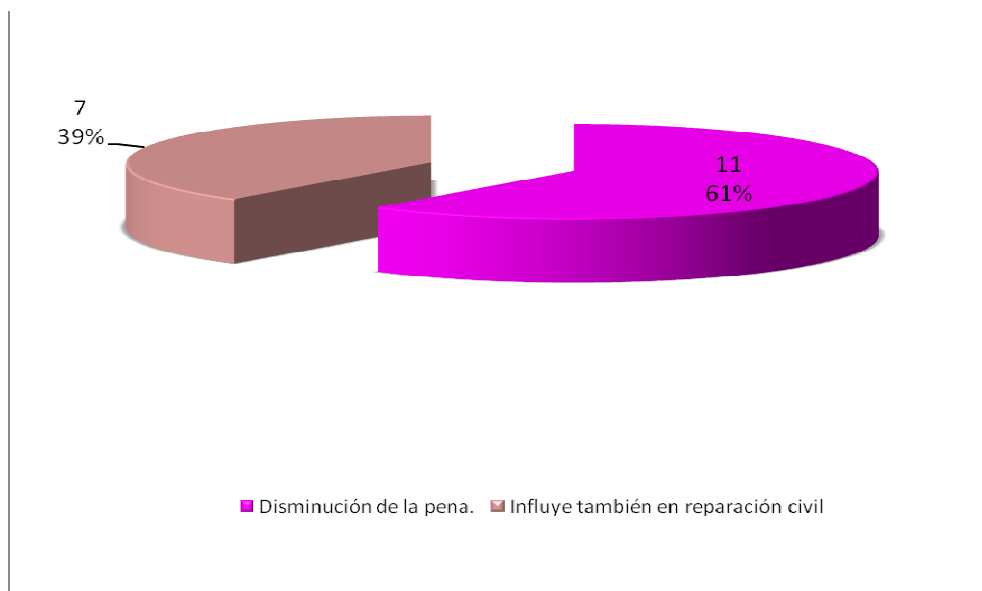


**3. ¿Cuáles son los supuestos exigidos para la conclusión anticipada en el juicio oral?**



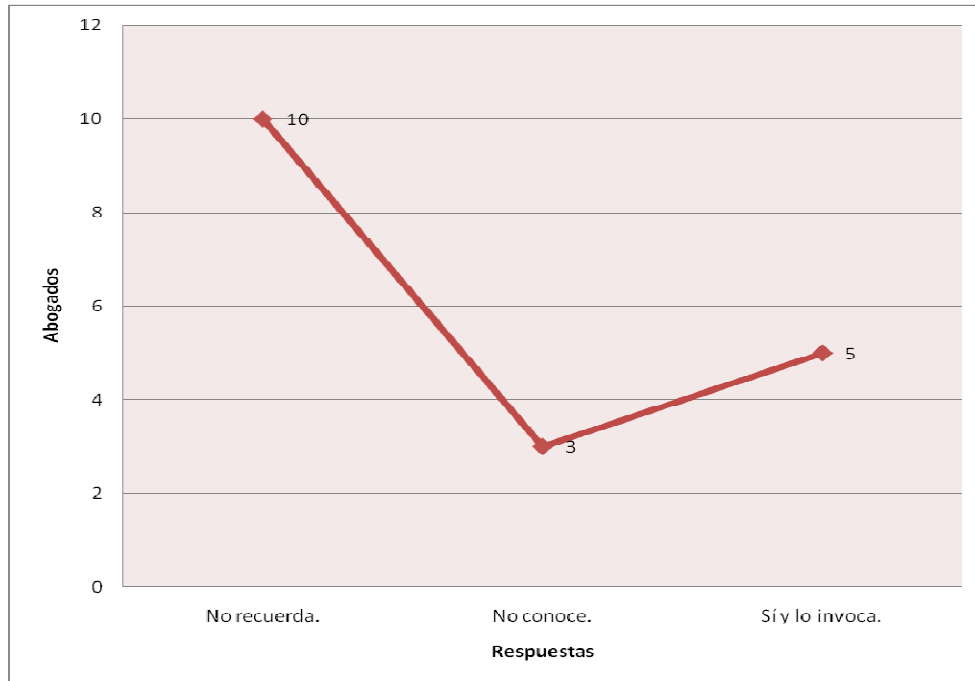
En el mismo sentido, consideramos que este criterio se encuentra debidamente consolidado y no representa mayor problema; sin embargo, la inquietud se mantiene ¿cuándo estamos ante una confesión sincera?.

**4. ¿Cuáles son los efectos de la confesión sincera en la aplicación de la pena y reparación civil?**



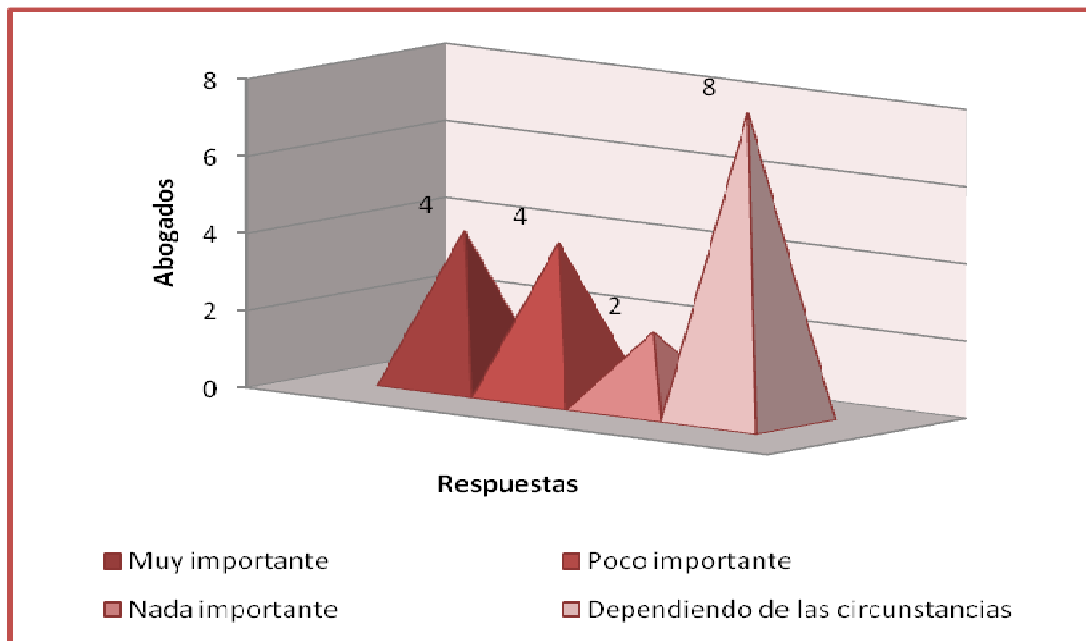
Si bien es cierto que se tiene claridad en que la confesión sincera influye directamente en la disminución de la pena; sin embargo, resulta preocupante que se sostenga que la confesión pueda incidir en la fijación del monto de la reparación civil, el que se rige por criterios absolutamente distintos. Esta es la razón por la que –ante la recurrencia de recursos de nulidad planteados cuestionando la reparación civil fijada en la sentencia- la Corte Suprema tuvo que expedir –con carácter vinculante- la RN No.948-2005-Junín, del 07.06.2005, la misma que establece que la confesión sincera no puede ser invocada para determinar el monto de la reparación civil y que también transcribimos en el Capítulo IV de este trabajo.

**5. Conoce usted algún o algunos precedentes vinculantes relacionados con la confesión sincera y la conclusión anticipada del juicio oral.**



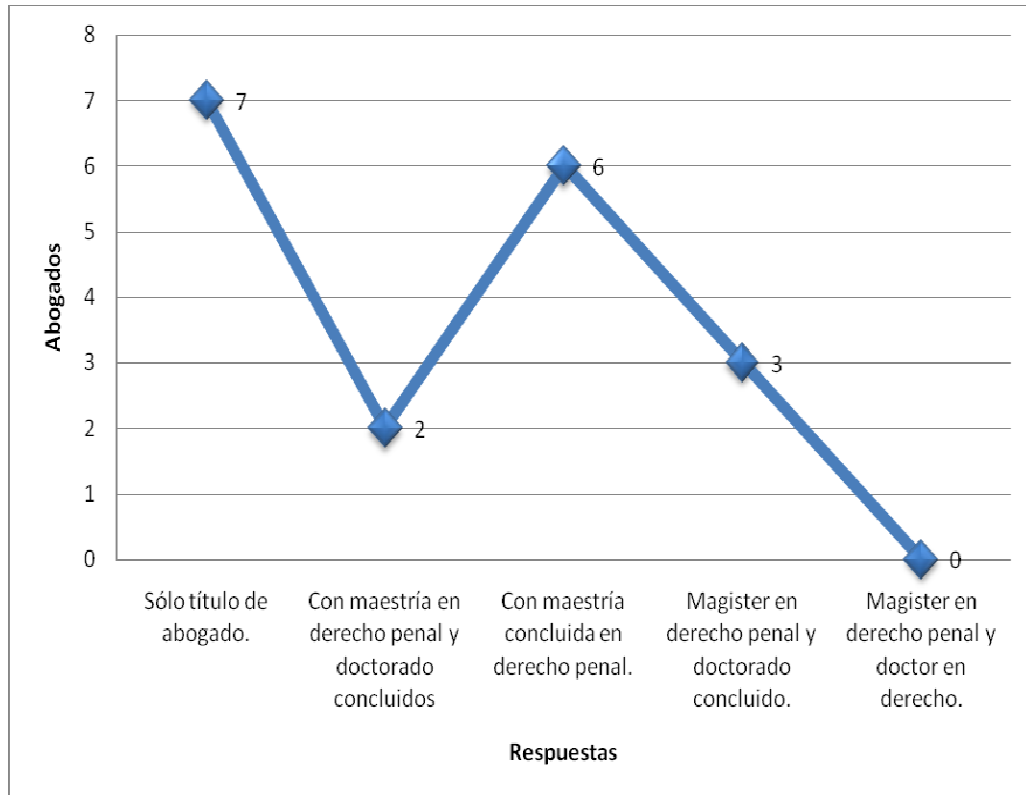
Igual, nuestra preocupación se mantiene respecto al conocimiento que manifiestan tener los letrados sobre los precedentes vinculantes referidos a la confesión sincera, lo que evidentemente no ayudan a una mejora en el servicio de administración de justicia, ni contribuyen a mejorar la percepción de la sociedad en relación al Poder Judicial. Como vemos, muchos de los males se deben también a la actuación poco eficiente de los propios letrados, quienes al desconocer la importancia de esta institución no lo utilizan de forma oportuna y adecuadamente.

**6. ¿Considera a la confesión sincera como estrategia de defensa?**



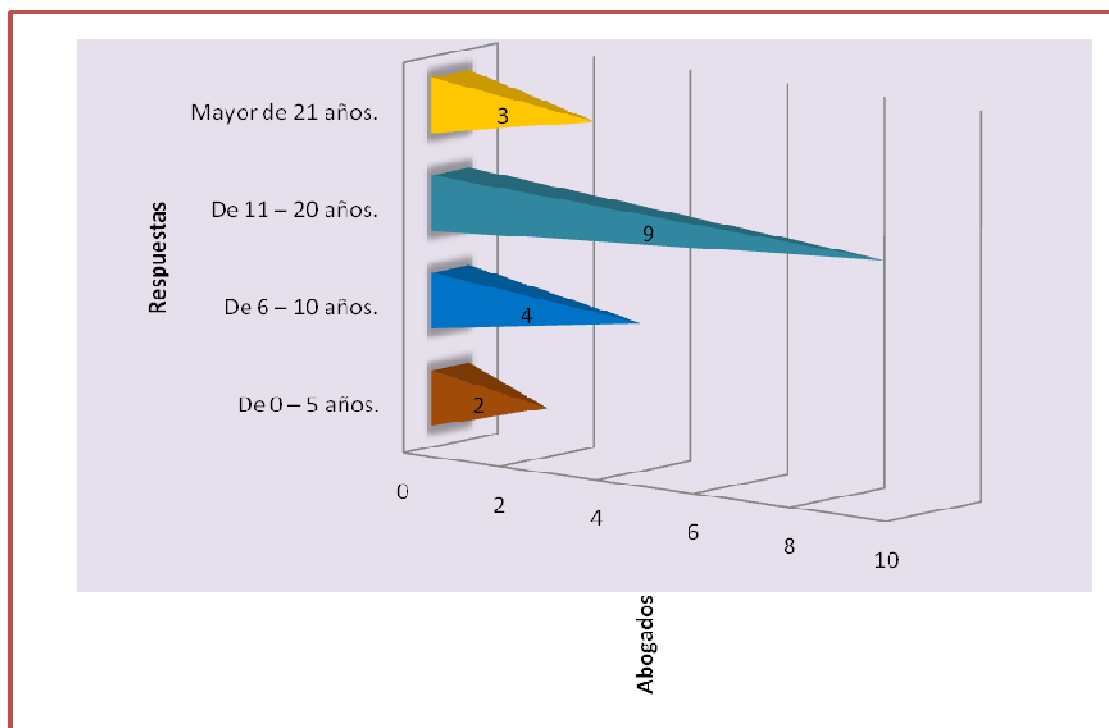
En este caso, es de destacar que hay un importante número de abogados que no consideran a la confesión sincera como una eficiente estrategia de defensa, razón por la que no lo invocan, lo que consideramos es un grave error –aunque en las entrevistas sostenían que hay cierto temor por cuanto no saben cuál va a ser el criterio que adopte finalmente la Sala- y no hace más que confirmar la apreciación que tienen los Magistrados respecto a este tema, lo que justifica el insistir en una mayor capacitación en este tema, y en promover una mejor manera de enfocar el pago de los honorarios profesionales, la que consideramos debe estar más referido al cumplimiento de objetivos, antes que al simple cumplimiento o seguimiento del proceso penal. Se hace necesario, pues, un cambio de mentalidad en los denominados operadores de derecho.

## 7. Grado de estudios alcanzado.



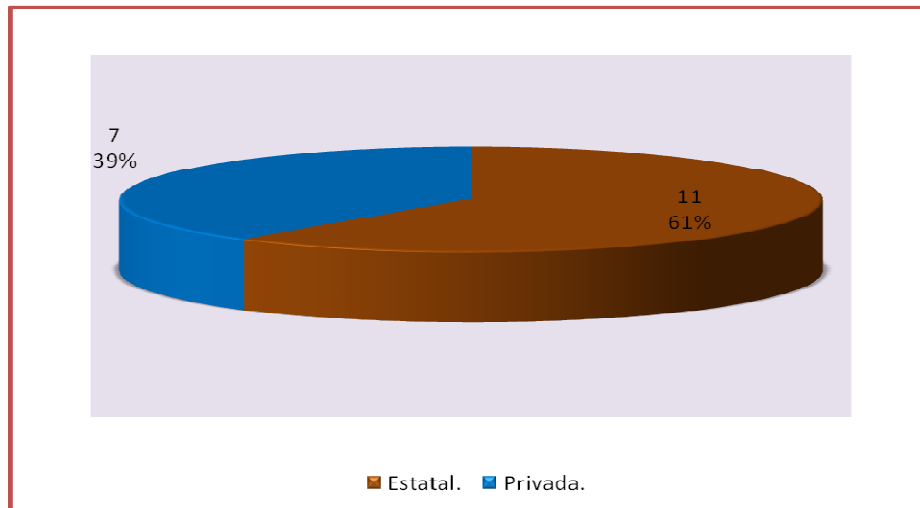
En las conversaciones sostenidas con los entrevistados, es la parte económica la razón por la que los letrados –en un importante número- sólo se han quedado con su título de abogado y no continúan con sus estudios de posgrado. Considero que esta es una labor en la que los Colegios de Abogados deben trabajar mucho para contribuir en una mejor profesionalización de la carrera. Si bien es cierto que en los magistrados hay una mayor motivación por los estudios –por obtener la ratificación en el cargo- esto no debe ser óbice para que también los profesionales independientes puedan seguir estudiando, en la medida que ello va a repercutir en que brinden un mejor servicio y, como consecuencia de ello, incluso una mejora en sus ingresos económicos.

## 8. Tiempo de servicio en ejercicio de la abogacía.



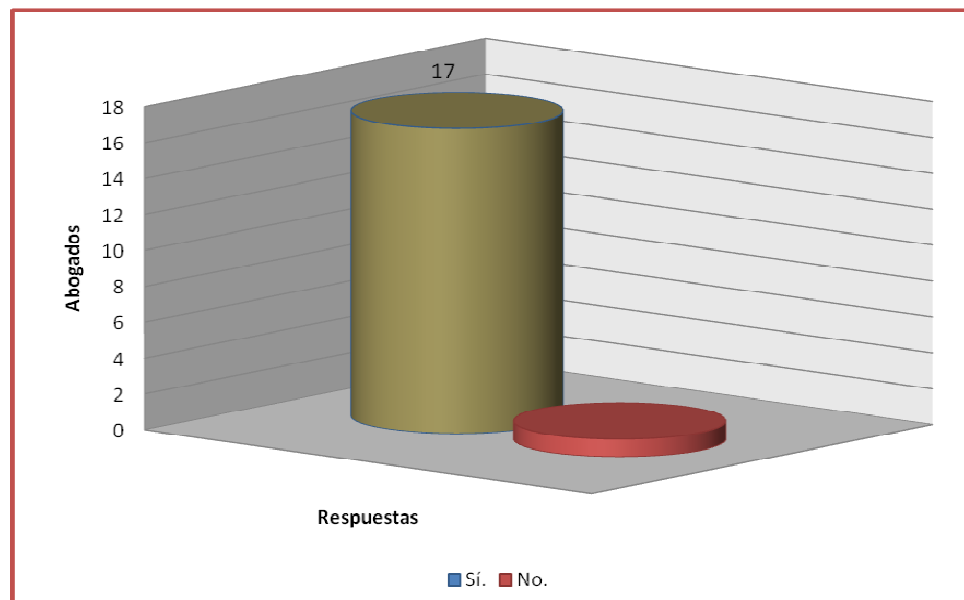
Como vemos, la gran mayoría de abogados entrevistados tenían ya años en el ejercicio profesional, por lo que consideramos que su opinión sobre el tema de investigación era relevante y justificatorio de las conclusiones y recomendaciones que al final se realizan.

## 9. Universidad de origen.



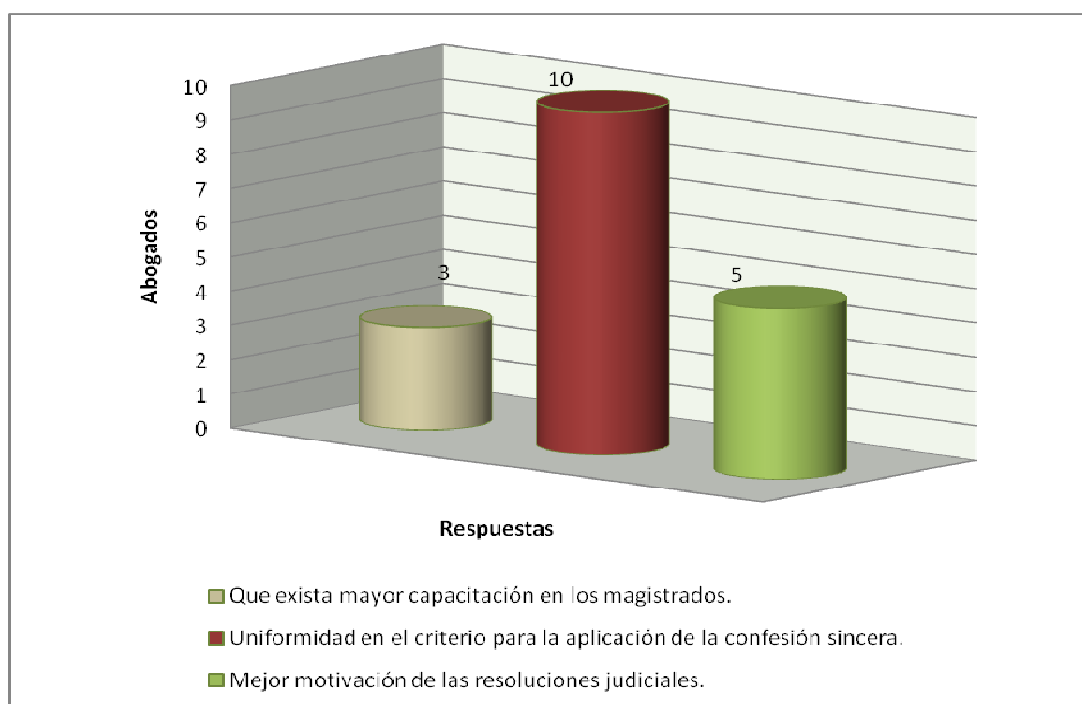
Estos resultados hacen evidente el enorme impacto que ha tenido la aparición de universidades particulares en la formación de profesionales en Derecho, razón además para incidir en una mejora sustancial de sus planes de estudios o en la calidad del servicio educativo. Igualmente refleja el mayoritario interés que se manifiesta por el ejercicio profesional independiente de la abogacía.

## 10. Si llevó algún curso de especialización en los últimos 2 años.



No se puede negar que en el ámbito jurídico existe un marcado interés por estar actualizado, más aun en una sociedad en la que la información y el conocimiento cambian a mayor velocidad, razón por la que es frecuente apreciar la organización de eventos académicos que buscan satisfacer esta necesidad, en donde existe, pues, un importante mercado de consumidores deseosos de obtener este servicio, a pesar que en algunas ocasiones los costos son un poco elevados. Ahora, es necesario precisar que en las entrevistas la pregunta la relacionamos con conferencias, seminarios, y diplomados, no con cursos de posgrado.

## 11. Sugerencias planteadas.



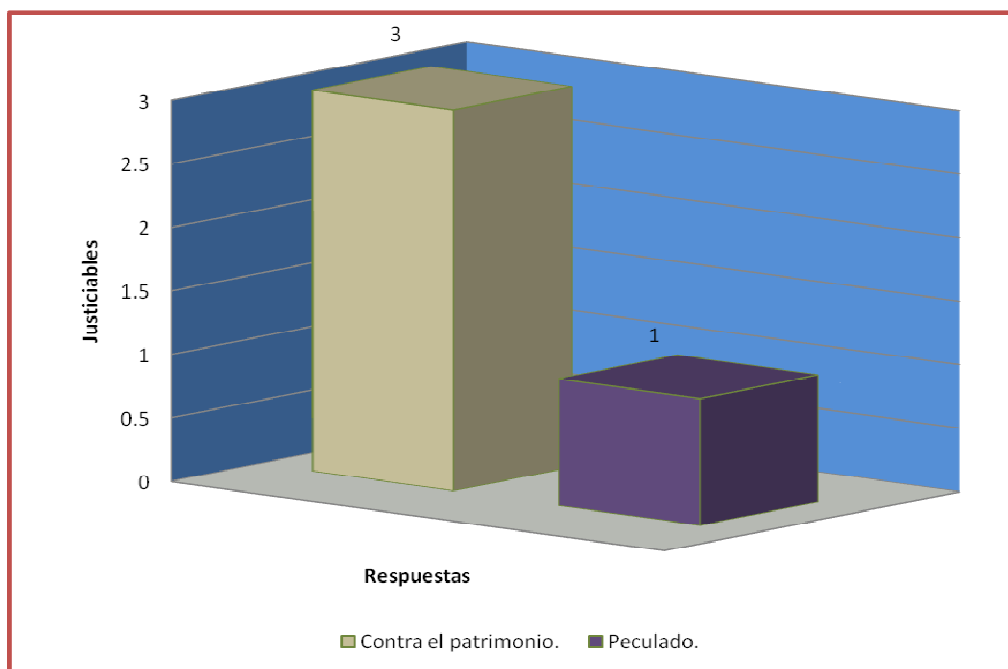
Considero que las respuestas a estas preguntas encierran una preocupación en el aspecto práctico, es decir, de la aplicación del conocimiento al momento de resolver un caso en concreto,



pues no se puede negar la preocupación de los magistrados por mejorar su nivel profesional; sin embargo, es en el quehacer diario de la magistratura en donde se presentan mayoritariamente este problema, por lo que considero que esto está relacionado directamente con la formación profesional adquirida en las universidades, en la que se debe incidir en una mayor capacidad de análisis, síntesis, de argumentación y razonamiento jurídico.

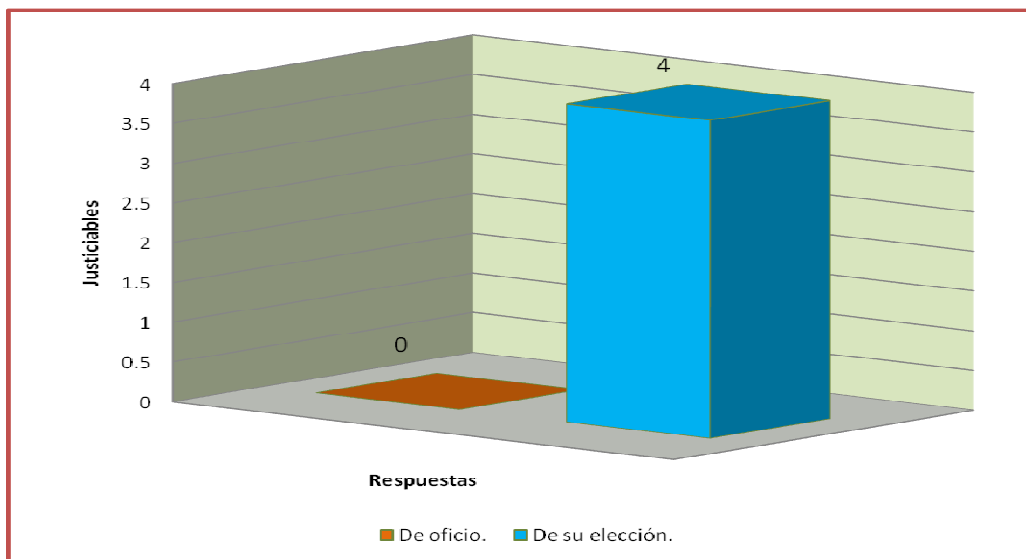
## **A Justiciables.**

### **1. Delito que se le imputó.**



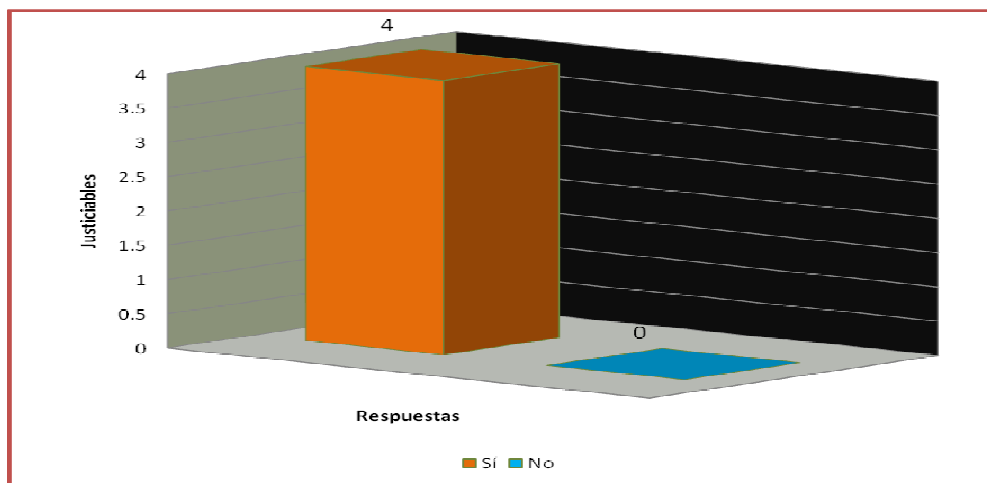
No hace más que confirmar que los delitos relacionados con el patrimonio son de los más recurrentes en nuestro país, que consideramos tiene profundas raíces en la conformación de nuestra sociedad, por lo que las estrategias para combatir estos delitos no sólo deben ser represivas, sino que requieren de estrategias multidisciplinarias.

## 2. Asesoramiento de abogado.



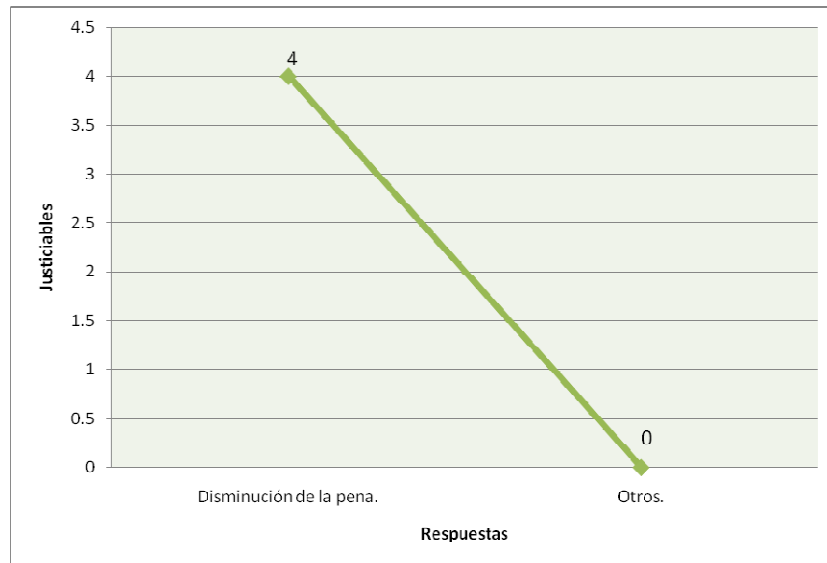
Todos los entrevistados coincidieron en señalar que sí tuvieron asesoramiento profesional de letrado de su elección, lo que debe haber influido en la toma de decisión de acogerse a la confesión sincera, dado el nivel de confianza que se supone inspiran en estos casos. En todo caso, es importante que se promueva esta situación.

## 3. Se acogió a la conclusión anticipada por confesión sincera.



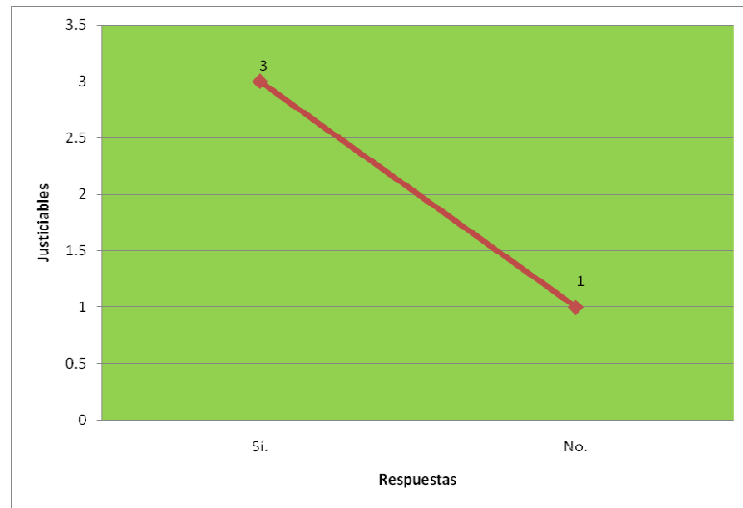
Como mencionáramos en la introducción de este capítulo, para nosotros era importante tener la oportunidad de entrevistarse con personas que había tenido la oportunidad de acogerse a la confesión sincera y saber cuáles eran sus razones para haber tomado tal decisión.

#### 4. ¿Cuál fue la razón para acogerse a la confesión sincera?



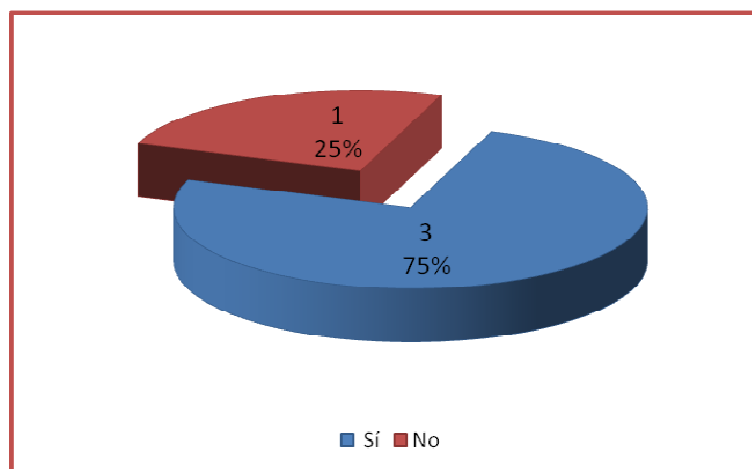
Es evidente que la disminución de la pena es un importante incentivo para acogerse a la confesión sincera, lo cual consideramos positivo pues, después de todo, uno de los fundamentos de esta institución responde a criterios de política criminal, en este caso, la de premiar a aquel justiciable que colabore con los fines del proceso, toda vez que incluso ello va a repercutir en un menor gasto para el Estado, una menor carga procesal, hasta la posibilidad de no tener que dictar prisión efectiva, conforme se podrá apreciar en las sentencias que posteriormente se estarán comentando, así como en la misma rehabilitación del procesado, conforme ya lo expresamos en líneas anteriores.

**5. Se muestra usted conforme con su sentencia.**



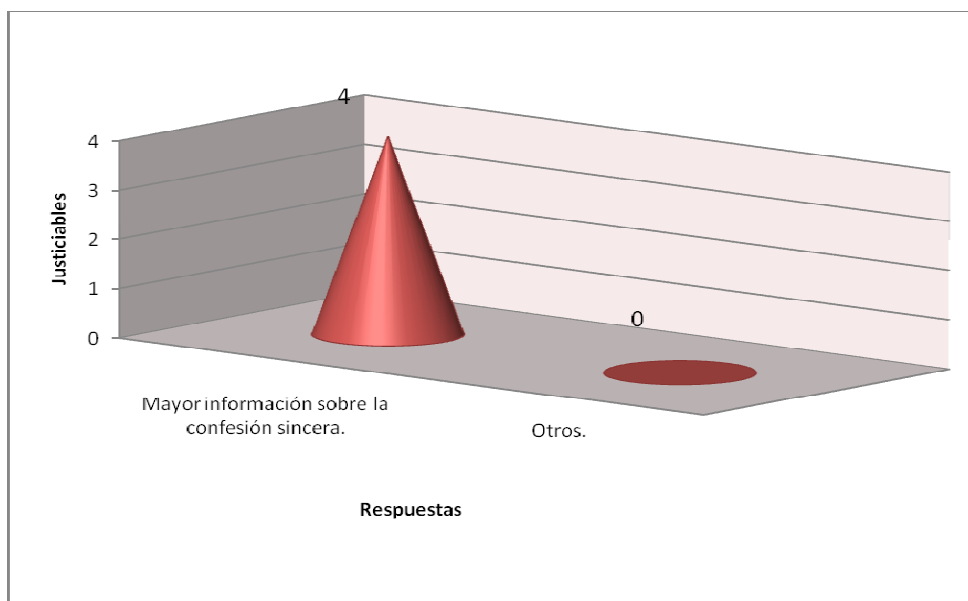
En la medida que no se dicte prisión efectiva, los procesados siempre manifestarán su conformidad a la sentencia, pues –como vimos anteriormente- ésta es la razón por la que se acogen a esta institución. La nota discordante que se aprecia en el resultado está dado porque un sentenciado esperaba una rebaja mayor de la pena, y no sólo la condicionalidad y suspensión de la sanción.

**6. Mantuvo una declaración uniforme a lo largo del proceso?**



Es evidente que en las entrevistas realizadas, los sentenciados estaban conscientes, desde un primer momento, que lo mejor para su defensa era acogerse a los beneficios de la confesión sincera, a efectos de evitar la prisión efectiva o prolongar la detención que ya venían sufriendo. Sólo hubo un caso que manifestó la no uniformidad en su declaración, aunque –como ya lo dijimos anteriormente y reiteramos- consideramos que este requisito no debe ser exigido para la aplicación de la confesión sincera.

## 7. Sugerencias.



Efectivamente, no nos queda más que expresar nuestra conformidad a esta sugerencia, pues los procesados deben tener toda la mejor información a efectos de la toma de decisión para poder acogerse a la confesión sincera.

### **5.3.3. Análisis de las sentencias recogidas.**

De las sentencias recopiladas y analizadas, éstas no hacen más que confirmar lo expuesto incluso en las entrevistas, es decir, la manifiesta disparidad en los supuestos que se pretenden exigir para considerar que estamos ante una confesión sincera. Sobre el tema es necesario manifestar algunas atingencias.

Es positivo que en las sentencias analizadas se haga la descripción de la imputación que en concreto se hace contra el procesado, la aceptación expresa de los cargos, las pruebas que corroboran la comisión del delito y responsabilidad penal, incluso (aunque en un porcentaje menor a los que pensábamos y ello nos preocupa) en ocasiones se hace mención a ejecutorias supremas relacionadas con la determinación de la pena.

Respecto a la exigencia de uniformidad en las declaraciones, es de manifestar que hay sentencias en las que se ha rechazado la confesión sincera en la medida de que no existe esta tal uniformidad, y tampoco el manifiesto arrepentimiento -incluso en las sentencias que sí se acepta la confesión sincera se sigue mencionando como argumento de la sentencia- así como el criterio de utilidad.

Frente a ello debemos insistir que exigir arrepentimiento o uniformidad en las declaraciones no se encuentran establecidas por las normas que regulan la confesión sincera, además de que –en el primer caso- resulta ser absolutamente subjetivo y discrecional, por lo que debe ser rechazado. Reiteramos que nos adscribimos a la tesis expresada por distinguidos autores (ver Reyna Alfaro, Prado Saldarriaga, entre otros) en el sentido de que la sede natural de la confesión sincera es la audiencia, por lo que no cabe exigirse

uniformidad en las declaraciones, pero sí creemos en que ésta debe contribuir a los fines del proceso, ser libre y coherente.

En cuanto a la aplicación de la pena, consideramos que no hay mayor problema en que la confesión sincera incide directamente en la disminución de la misma; sin embargo, nos llamó la atención que se haya aplicado la reserva del fallo, lo que consideramos es un grave error y que puede generar la nulidad de la sentencia, toda vez que éste procede sólo en los casos en que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o multa, o inhabilitación no mayor de dos años, sin embargo, lo hemos visto en un caso de peculado doloso.

También consideramos que las reparaciones civiles son excesivamente bajas -lo que indicaría que la confesión sincera también influye en su monto, lo cual es una evidente distorsión de la aplicación de esta institución- pues en algunos casos hemos apreciado que se fija en S/.100.00 nuevos soles, todo lo cual no contribuye a una correcta administración de justicia, más aun si consideramos e insistimos –como el precedente vinculante ya señalado (RN No.948-2005-Junín)- que la fijación del monto de la reparación civil no guarda relación alguna con el hecho de la confesión sincera. Si bien es cierto que en las salas con reos en cárcel este monto se incrementa, sin embargo, es insuficiente en atención al daño efectivamente ocasionado (monto de lo robado, por ejemplo) sin dejar de mencionar el daño moral o personal que debería incluirse a favor del agraviado.

Sobre esta materia es evidente que habrá mucho tema qué discutir desde el punto de vista de percepción de la población o sociedad, pues con justa razón sostienen que las sentencias condenatorias no

ayudan en nada para la represión o prevención de los delitos y el tema de seguridad ciudadana, pues se dictan penas sumamente benignas y de prisión no efectivas, así como tampoco existe una justa reparación a la víctima o agraviado.

De otro lado, de la lectura de las sentencias se consolida el hecho de que los delitos contra el patrimonio cumplen el más amplio espectro de la delincuencia en nuestro país, lo que nos reafirma en nuestra opinión que la lucha contra la delincuencia debe ser multidisciplinaria y que encuentra sus raíces en la propia estructura de nuestra sociedad.

Veamos los siguientes.

## **RESULTADO ANÁLISIS SENTENCIAS REOS LIBRES**

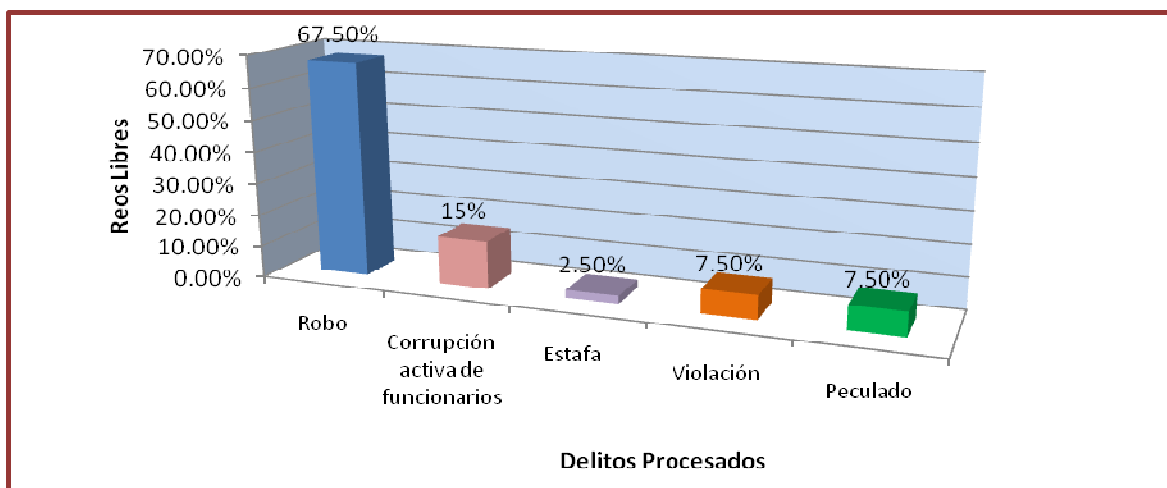
### **1. MUESTRA ESTADÍSTICA**

- a. No. de sentencias analizadas ..... 469 – 100%
- b. No. de sentencias concluidas anticipadamente ..... 163 – 35%

### **2. DELITOS PROCESADOS**

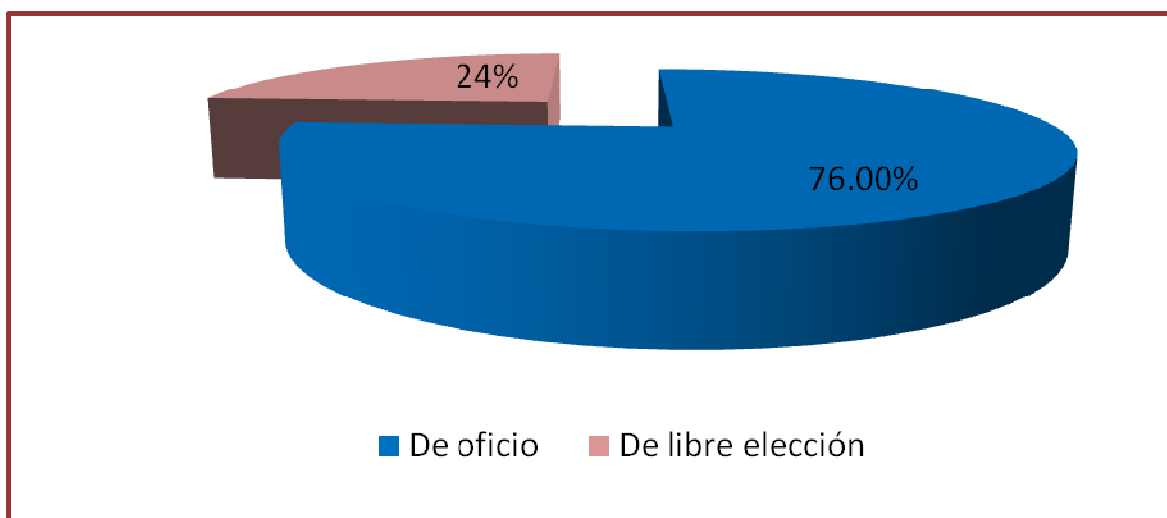
- a. Robo ..... 67.5%
- b. Corrupción activa de funcionarios ..... 15%
- c. Estafa ..... 2.5%
- d. Violación..... 7.5%
- e. Peculado ..... 7.5%





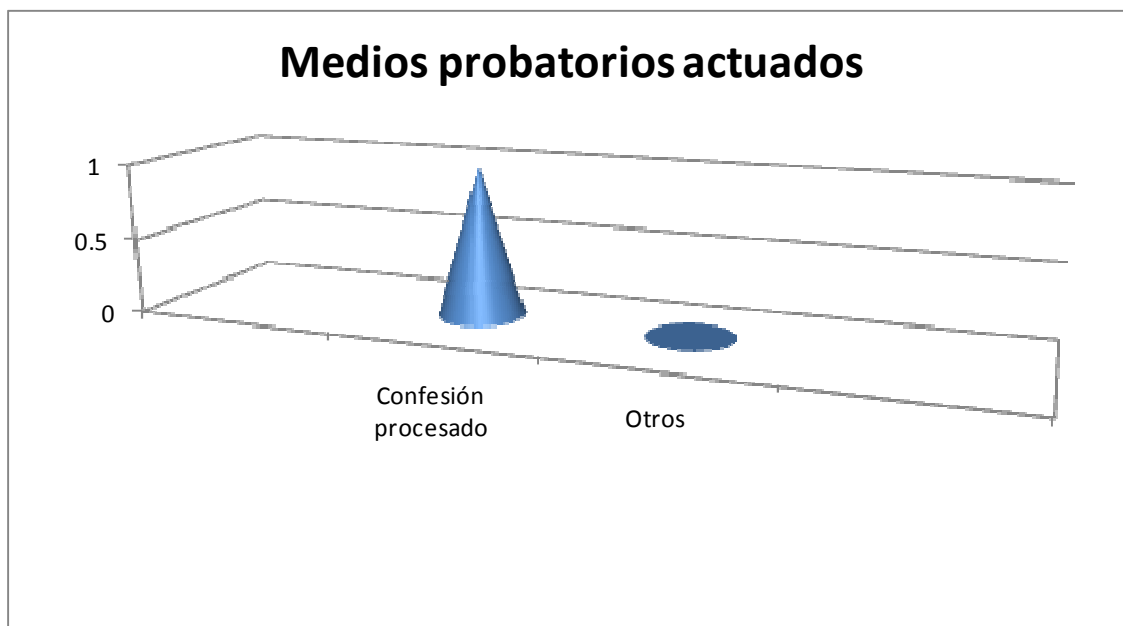
### 3. ASESORAMIENTO DE ABOGADO

- a. De oficio ..... 76%
- b. De libre elección ..... 24%



#### 4. MEDIOS PROBATORIOS ACTUADOS PARA CONCLUSIÓN ANTICIPADA

- a. Confesión del procesado ..... 100%
- b. Otros ..... 0%

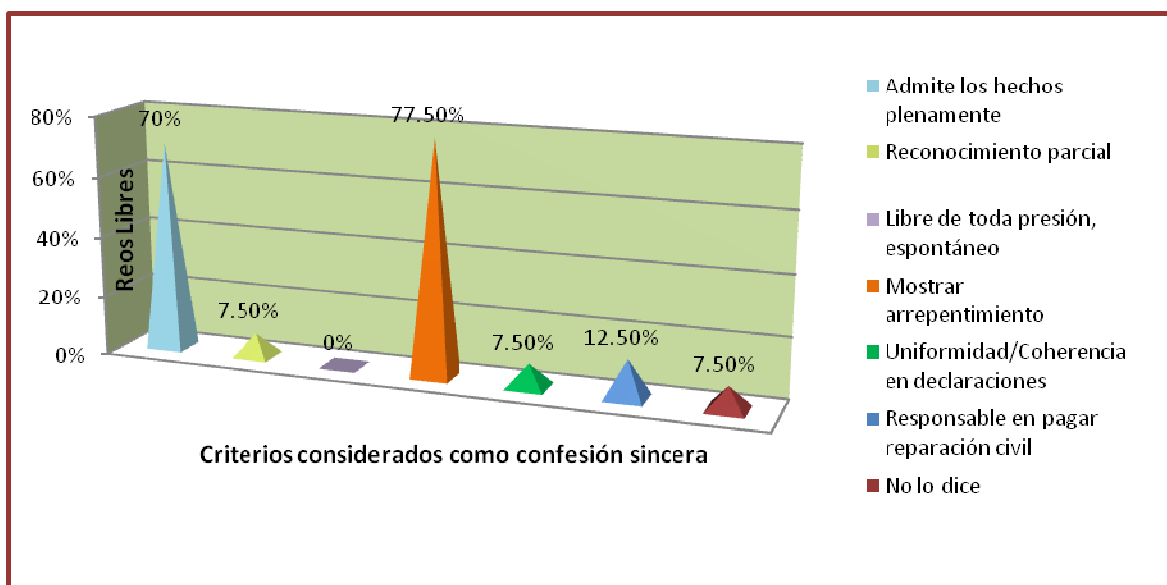


Es importante notar que para la aplicación de la conclusión anticipada no basta la sola confesión del imputado, sino que tal declaración debe estar corroborada con otras pruebas actuadas válidamente en el proceso, de ahí que se admita la posibilidad de que los magistrados pueden recorrer todo el espectro del delito de tal manera que incluso terminen absolviendo al procesado o declarar la prescripción del delito, lo cual evidentemente es una importante garantía para la correcta administración de justicia.

#### 5. CRITERIOS CONSIDERADOS COMO CONFESIÓN SINCERA

- a. Admite los hechos plenamente ..... 70%
- b. Reconocimiento parcial ..... 7.5%
- c. Libre de toda presión, espontáneo ..... 0%
- d. Mostrar arrepentimiento ..... 77.5%
- e. Uniformidad/Coherencia en declaraciones... .. 7.5%

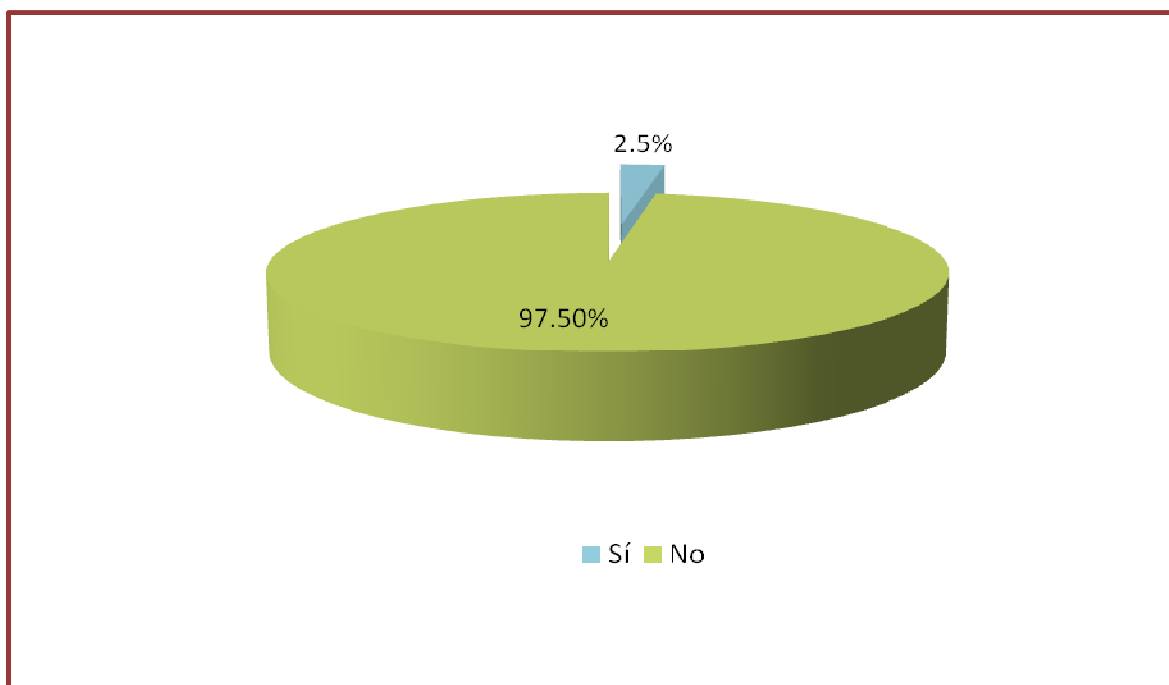
- f. Responsable en pagar reparación civil ..... 12.5%
- g. No lo dice ..... 7.5%



Debe aclararse que, en este específico caso, los porcentajes no son excluyentes unos de otros, sino que nos indican en qué porcentaje aparecen citados o invocados en las sentencias. De este modo, notamos que para los magistrados superiores lo importante es que el procesado admita lo hechos plenamente y que muestre arrepentimiento, lo cual no está expresamente señalado en la norma que regula esta institución, dejando de lado –por ejemplo- el aceptar la responsabilidad en pagar la reparación civil. Es claro que en este tema se hace necesario seguir insistiendo en el tema de difusión y capacitación.

**6. SE INVOCA PRECEDENTE VINCULANTE EN LAS SENTENCIAS**

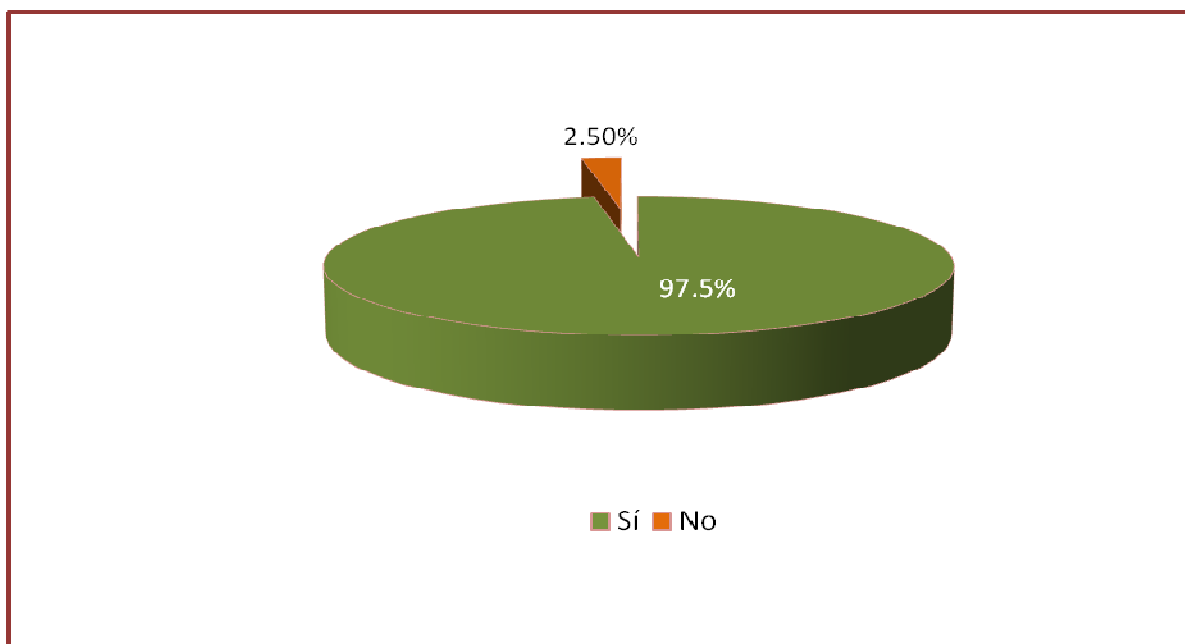
- a. SÍ ..... 2.5%
- b. NO ..... 97.5%



El hecho de que la Corte Suprema haya expedido sendos precedentes vinculantes, incluso en el último plenario también se ha vuelto a tomar acuerdos sobre el tema, nos es un indicador de que esta institución jurídica se encuentra en pleno desarrollo, y que es necesario que estos acuerdos supremos sean difundidos, discutidos y debatidos lo más ampliamente posible puesto que ello garantizará una mejora sustancial en la administración de justicia. Preocupa, en consecuencia, que los magistrados superiores no tomen en cuenta tales precedentes necesarios para la toma de su decisión.

**7. CONFESIÓN SINCERA FUE CONSIDERADA PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA.**

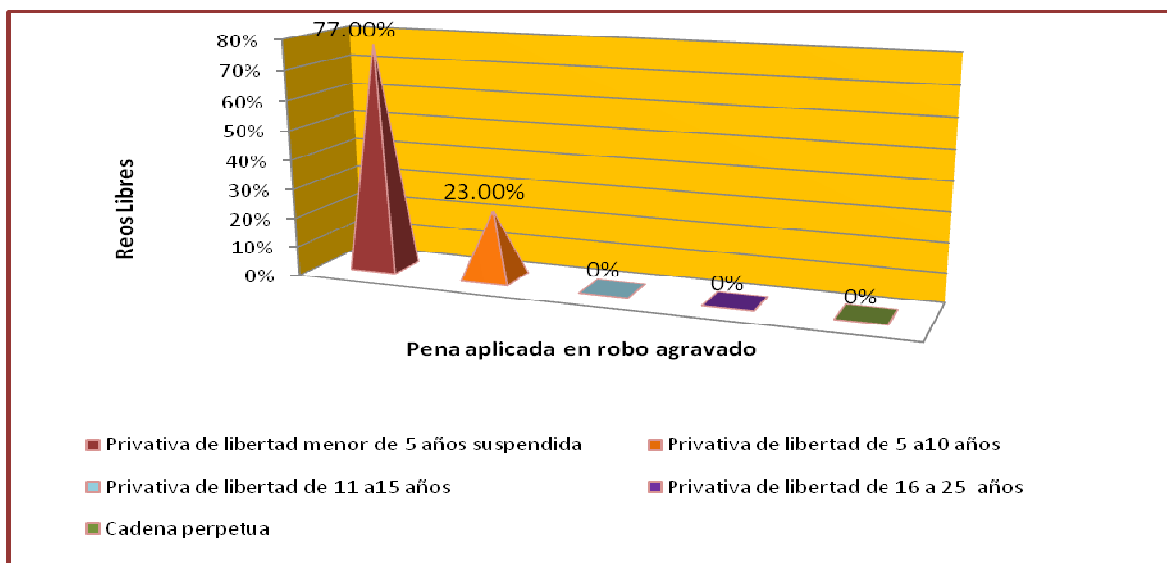
- a. Sí ..... 97.5%
- b. No ..... 2.5%



**ESPECÍFICAMENTE, DE ACUERDO A LOS DELITOS, LA PENA SE IMPUSO:**

**8. PENA APLICADA EN ROBO AGRAVADO**

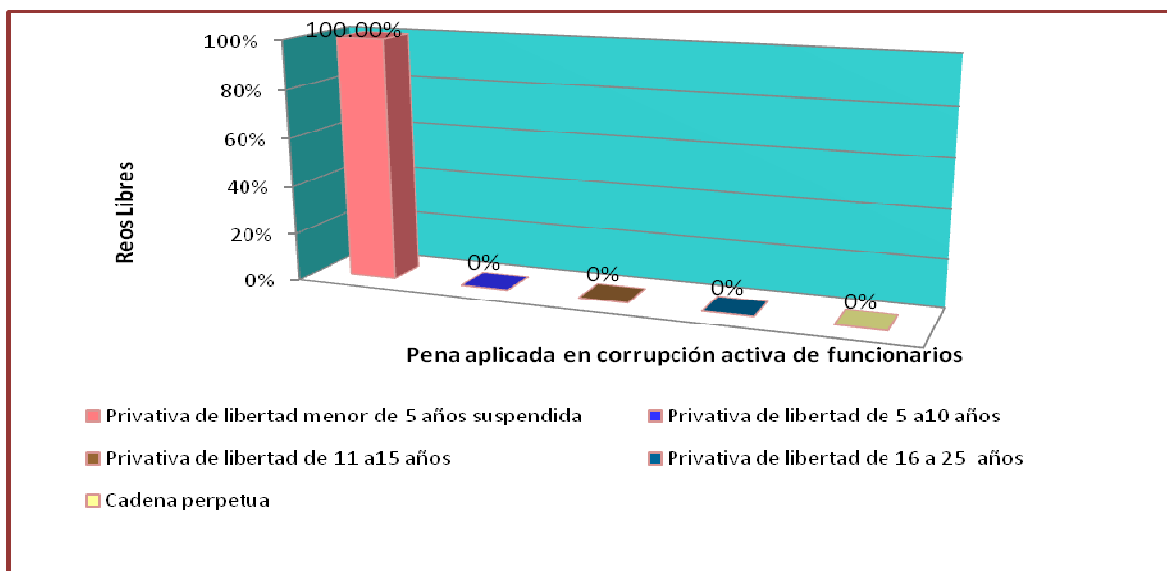
- a. Privativa de libertad menor de 5 años suspendida ..... 77%
- b. Privativa de libertad de 5 a 10 años ..... 23%
- c. Privativa de libertad de 11 a 15 años ..... 0%
- d. Privativa de libertad de 16 a 25 años ..... 0%
- e. Cadena perpetua ..... 0%



Este es un tema relacionado directamente con seguridad ciudadana y de percepción en la sociedad, pues en la mayoría de los casos los delitos fueron cometidos por pluralidad de agentes, o con armas de fuego o punzocortantes, sin embargo fueron procesados en libertad básicamente por el monto de lo robado (celular, Ipod, dinero de poca monta, etc.). La preocupación va por el hecho de que consideramos que el Poder Judicial debería sintonizar mejor con la sensación de inseguridad que tiene la población frente a la comisión de estos delitos que los afectan directamente y perciben día a día.

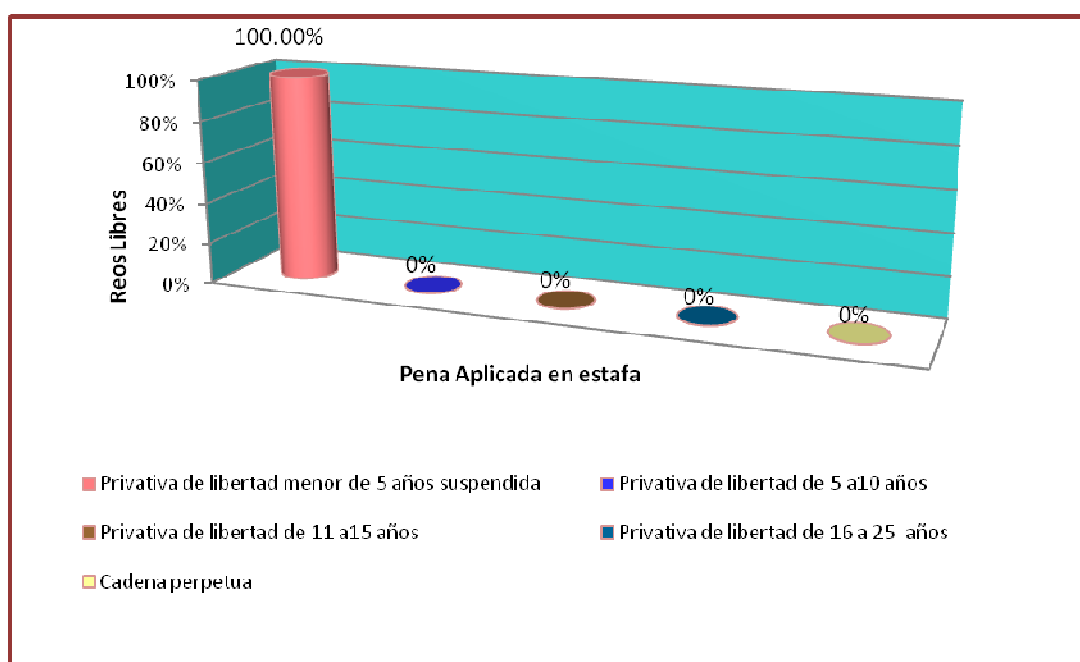
## 9. PENA APLICADA EN CORRUPCIÓN ACTIVA DE FUNCIONARIOS

- Privativa de libertad menor de 5 años suspendida ..... 100%
- Privativa de libertad de 5 a 10 años ..... 0%
- Privativa de libertad de 11 a 15 años ..... 0%
- Privativa de libertad de 16 a 25 años ..... 0%
- Cadena perpetua ..... 0%



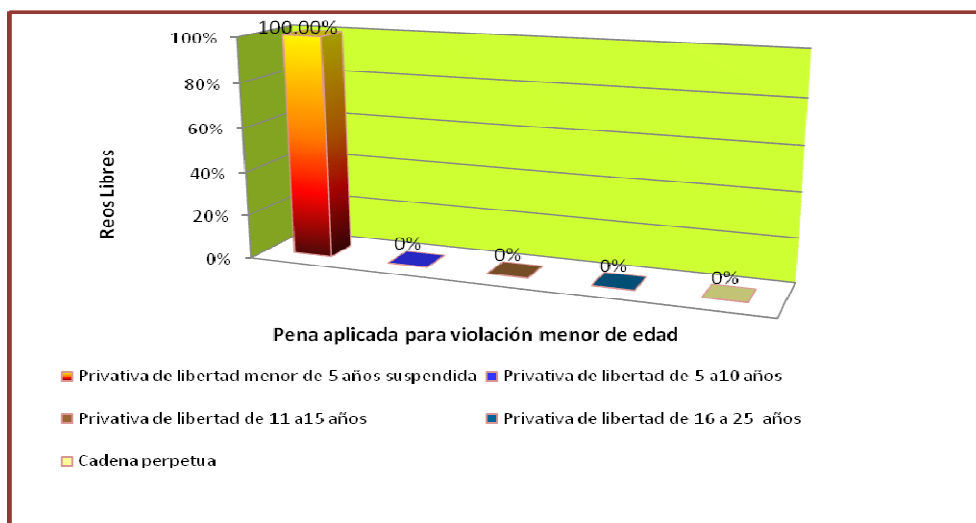
## 10. PENA APLICADA EN ESTAFA

- Privativa de libertad menor de 5 años suspendida ..... 100%
- Privativa de libertad de 5 a 10 años ..... 0%
- Privativa de libertad de 11 a 15 años ..... 0%
- Privativa de libertad de 16 a 25 años ..... 0%
- Cadena perpetua ..... 0%



## 11. PENA APLICADA PARA VIOLACIÓN MENOR DE EDAD

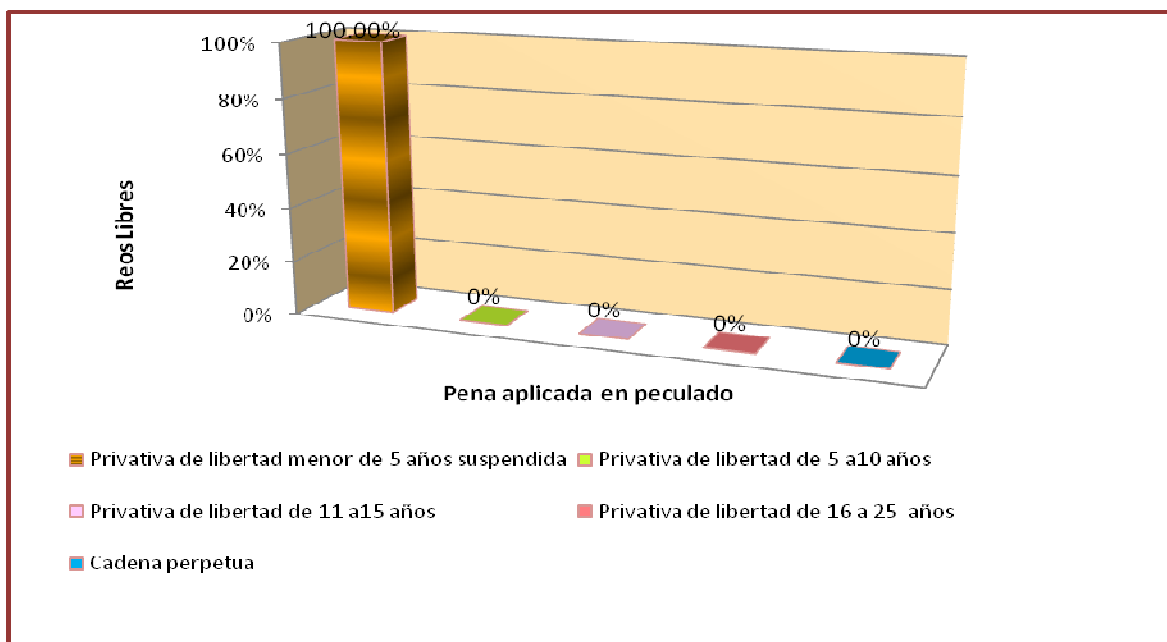
- a. Privativa de libertad menor de 5 años suspendida ..... 100%
- b. Privativa de libertad de 5 a10 años ..... 0%
- c. Privativa de libertad de 11 a15 años ..... 0%
- d. Privativa de libertad de 16 a 25 años ..... 0%
- e. Cadena perpetua ..... 0%



## 12. PENA APLICADA EN PECULADO

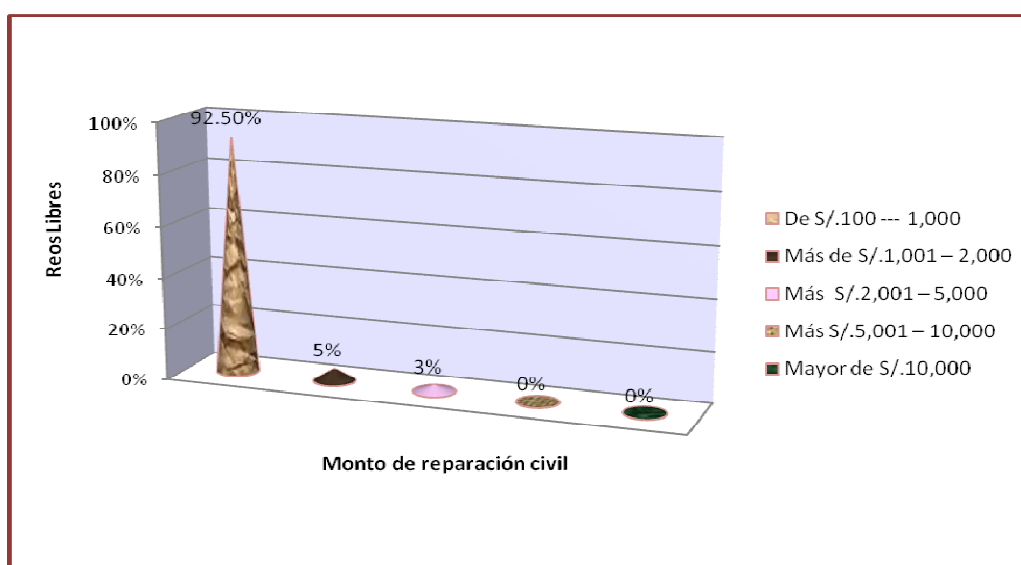
- a. Privativa de libertad menor de 5 años suspendida ..... 100%
- b. Privativa de libertad de 5 a10 años ..... 0%
- c. Privativa de libertad de 11 a15 años ..... 0%
- d. Privativa de libertad de 16 a 25 años ..... 0%
- e. Cadena perpetua ..... 0%





### 13. MONTO DE REPARACIÓN CIVIL

a. De S/.100 --- 1,000 .....	92.5%
b. Más de S/.1,001 – 2,000 .....	5%
c. Más S/.2,001 – 5,000 .....	2.5%
d. Más S/.5,001 – 10,000 .....	0%
e. Mayor de S/.10,000 .....	0%



Este tema está directamente relacionado con seguridad ciudadana y percepción de la sociedad cuando explicamos sobre la aplicación de las penas. Si no hay pena de prisión efectivas y tampoco existe una adecuada reparación a las víctimas de los delitos (ya hemos visto que mayoritariamente es el robo) ¿podemos hablar de una adecuada política de prevención o disuasión? ¿es posible hablar de efecto disuasivo de las sentencias con estas penas y estos montos de reparación civil? En algunos casos hemos observado que el monto de lo robado era inmensamente superior (\$US 1,200.00) a la reparación civil (S/.200.00, por ejemplo), ello a pesar que en las sentencias se establece el sin perjuicio de devolver lo robado, cosa que debe ser materia de otra investigación para verificar de manera objetiva si este extremo se cumple o no, pero nuestra intuición inicial nos dice que no.

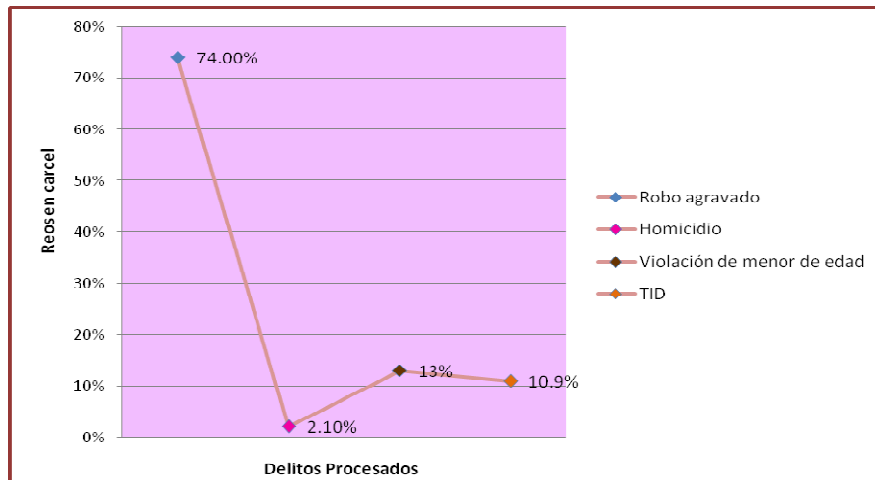
## **RESULTADO ANÁLISIS SENTENCIAS REOS EN CARCEL**

### **1. MUESTRA ESTADÍSTICA**

- a. No. de sentencias analizadas ..... 184– 100%
- b. No. de sentencias concluidas anticipadamente ..... 46 – 25%

### **2. DELITOS PROCESADOS**

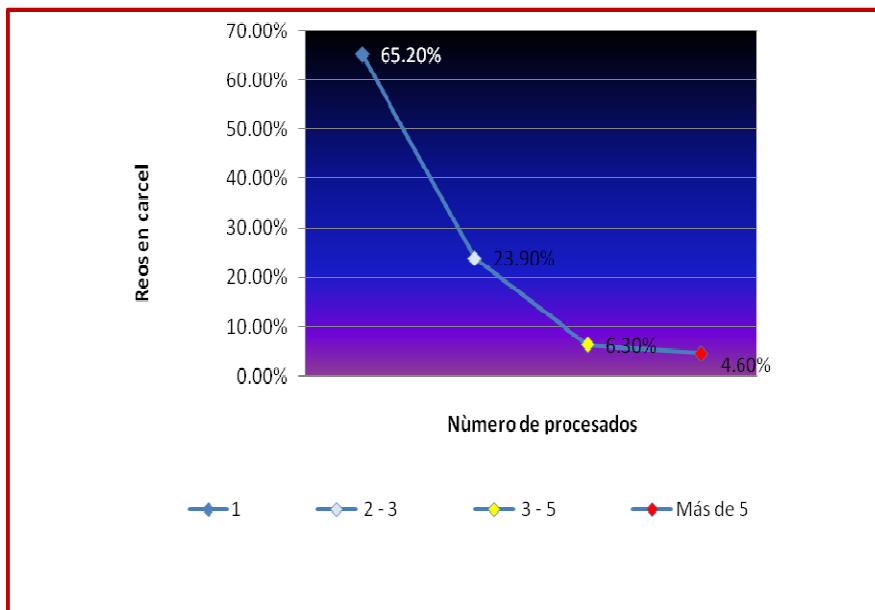
- a. Robo agravado ..... 74%
- b. Homicidio ..... 2.10%
- c. Violación de menor de edad ..... 13%
- d. TID ..... 10.9%



### 3. NÚMERO DE PROCESADOS

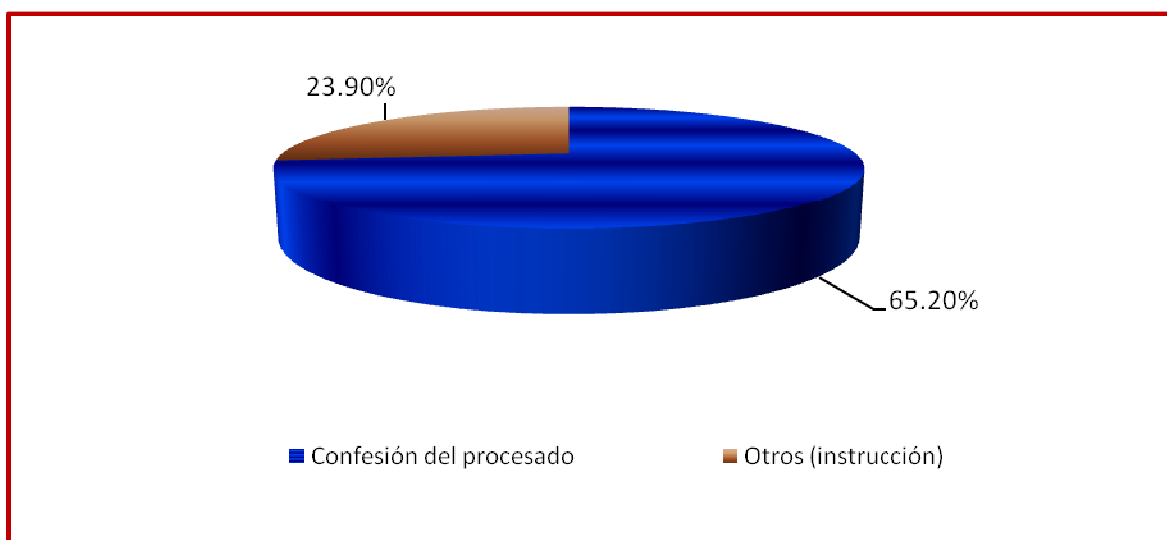
- a. 1 ..... 65.2%
- b. 2 – 3 ..... 23.9%
- c. 3 – 5 ..... 6.30%
- d. Más de 5 ..... 4.6%

Reafirmamos nuestros comentarios sobre este tema ya expuestos anteriormente en que nos referimos a la seguridad ciudadana y percepción ciudadana.



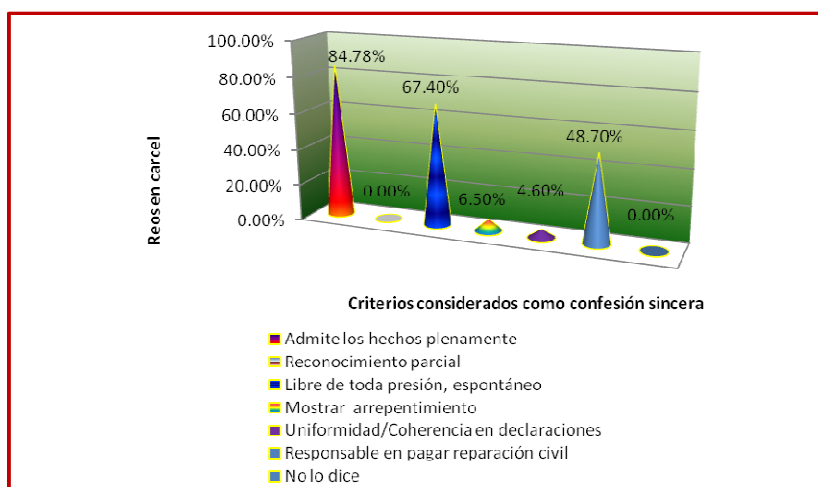
#### 4. MEDIOS PROBATORIOS ACTUADOS PARA CONCLUSIÓN ANTICIPADA

- |                                  |       |
|----------------------------------|-------|
| a. Confesión del procesado ..... | 95.7% |
| b. Otros (instrucción) .....     | 100%  |



#### 5. CRITERIOS CONSIDERADOS COMO CONFESIÓN SINCERA

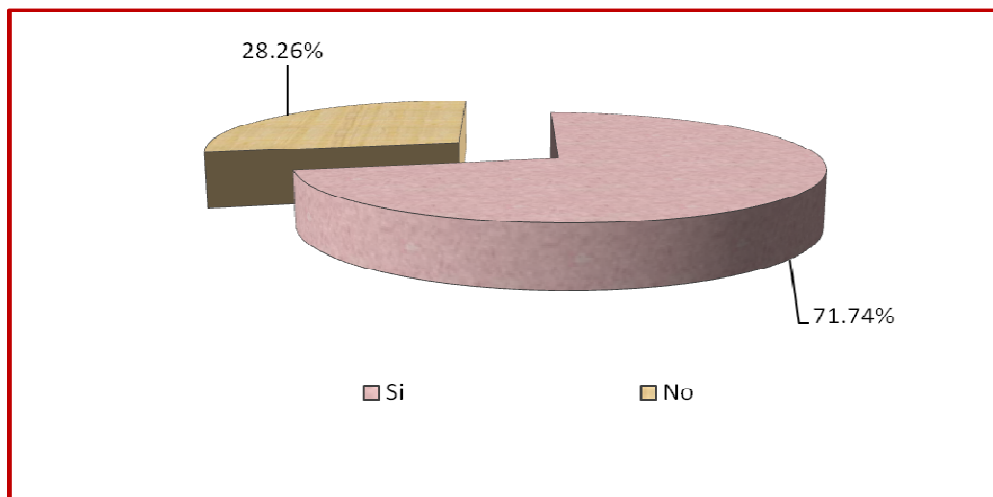
- |  |        |
|--|--------|
| a. Admite los hechos plenamente .....          | 84.78% |
| b. Reconocimiento parcial .....                | 0%     |
| c. Libre de toda presión, espontáneo .....     | 67.4%  |
| d. Mostrar arrepentimiento .....               | 6.5%   |
| e. Uniformidad/Coherencia en declaraciones ..  | 4.6%   |
| f. Responsable en pagar reparación civil ..... | 48.7%  |
| g. No lo dice .....                            | 0%     |



No olvidemos que los porcentajes en este caso no son excluyentes, sino que se refieren a las veces en que tal supuesto es invocado en las sentencias.

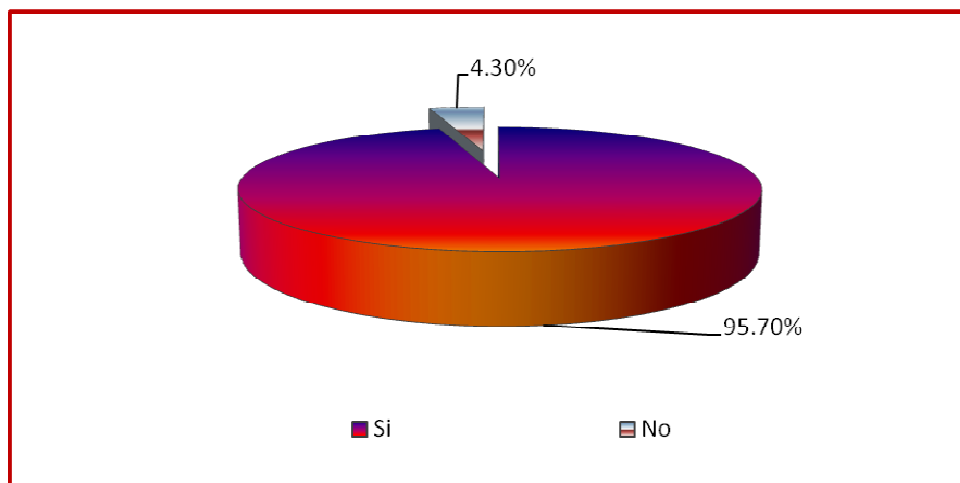
#### 6. SE INVOCA PRECEDENTE VINCULANTE EN LAS SENTENCIAS

- a. Sí ..... 71.74%
- b. NO ..... 28.26%



#### 7. CONFESIÓN SINCERA FUE CONSIDERADA PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

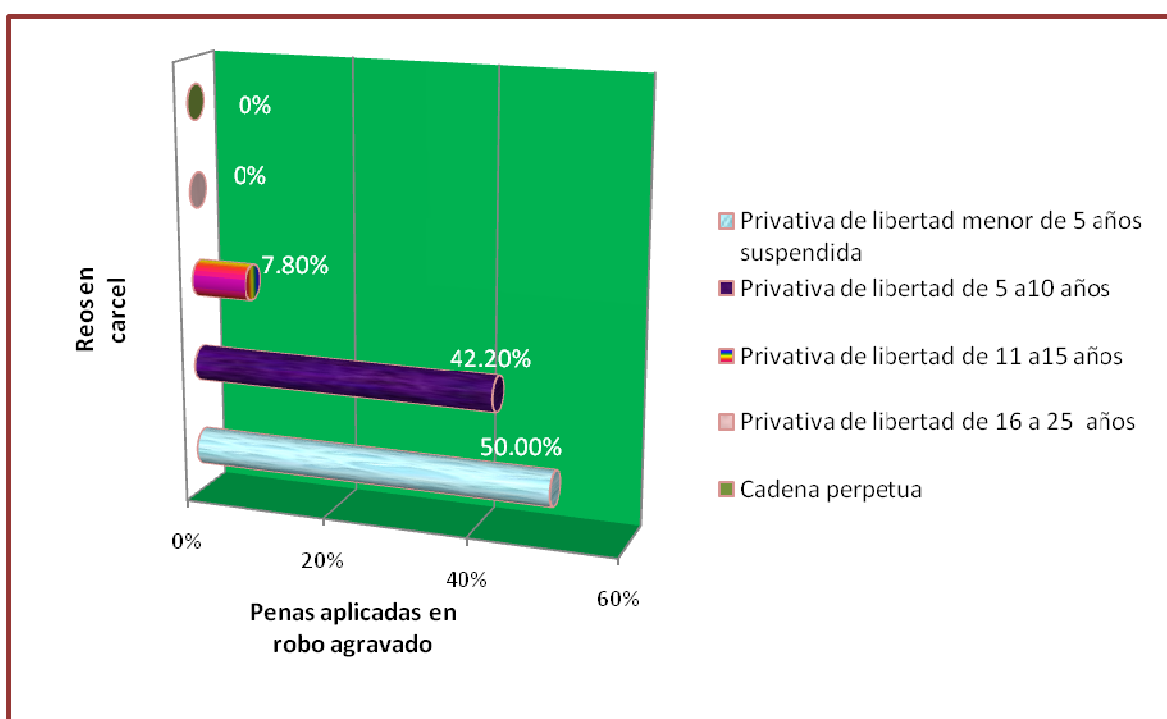
- a. Sí ..... 95.7%
- b. No ..... 4.3%



## ESPECÍFICAMENTE, DE ACUERDO A LOS DELITOS, LA PENA SE IMPUSO:

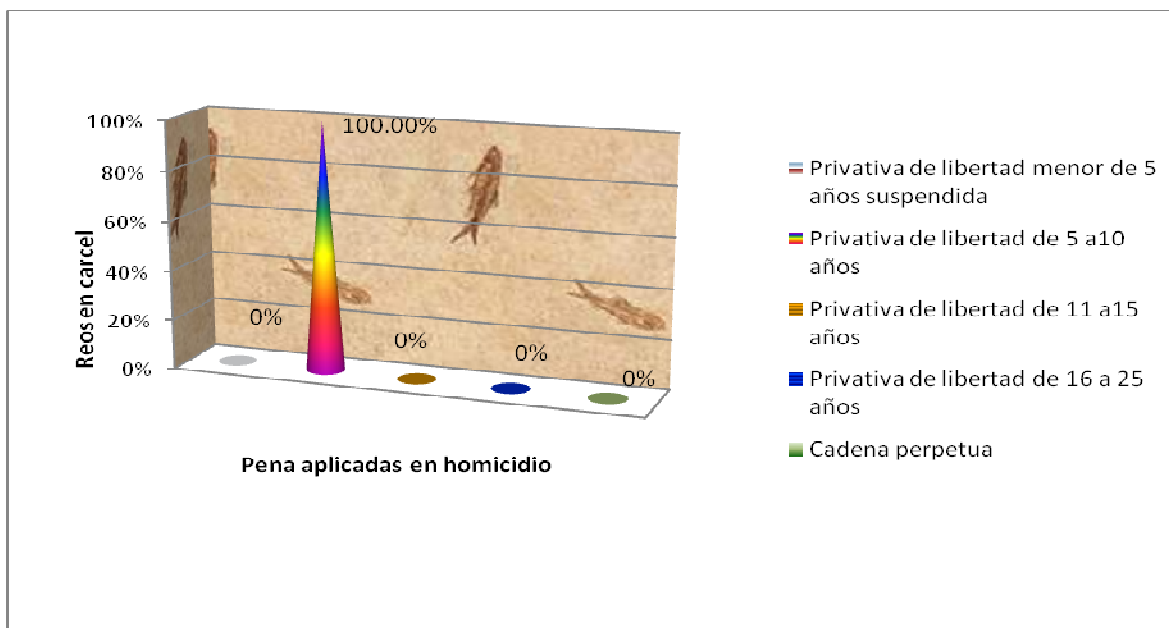
### 8. PENA APLICADA EN ROBO AGRAVADO

a.	Privativa de libertad menor de 5 años suspendida .....	50%
b.	Privativa de libertad de 5 a10 años .....	42.2%
c.	Privativa de libertad de 11 a15 años .....	7.8%
d.	Privativa de libertad de 16 a 25 años .....	0%
e.	Cadena perpetua .....	0%



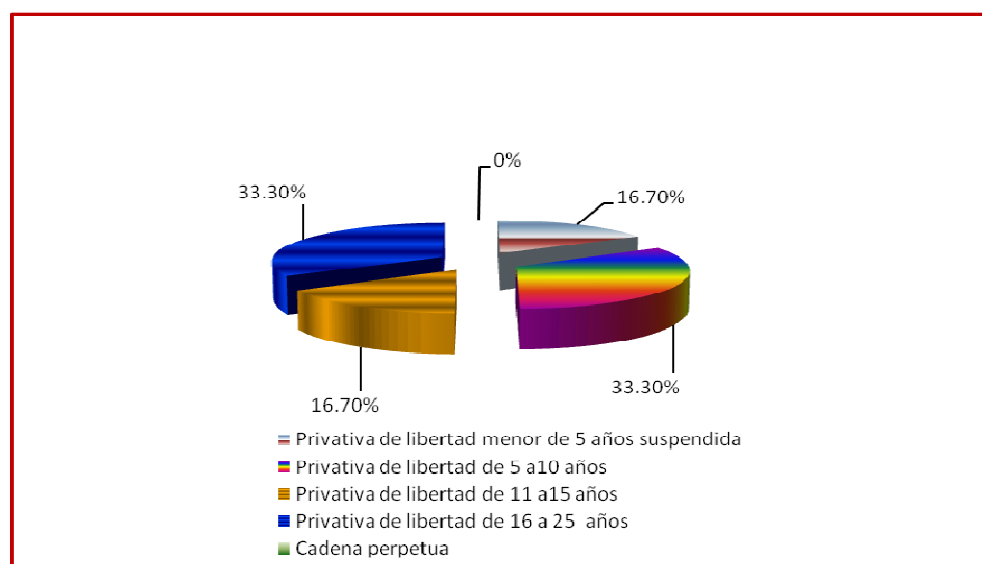
### 9. PENA APLICADA EN HOMICIDIO

a.	Privativa de libertad menor de 5 años suspendida .....	0%
b.	Privativa de libertad de 5 a10 años .....	100%
c.	Privativa de libertad de 11 a15 años .....	0%
d.	Privativa de libertad de 16 a 25 años .....	0%
e.	Cadena perpetua .....	0%



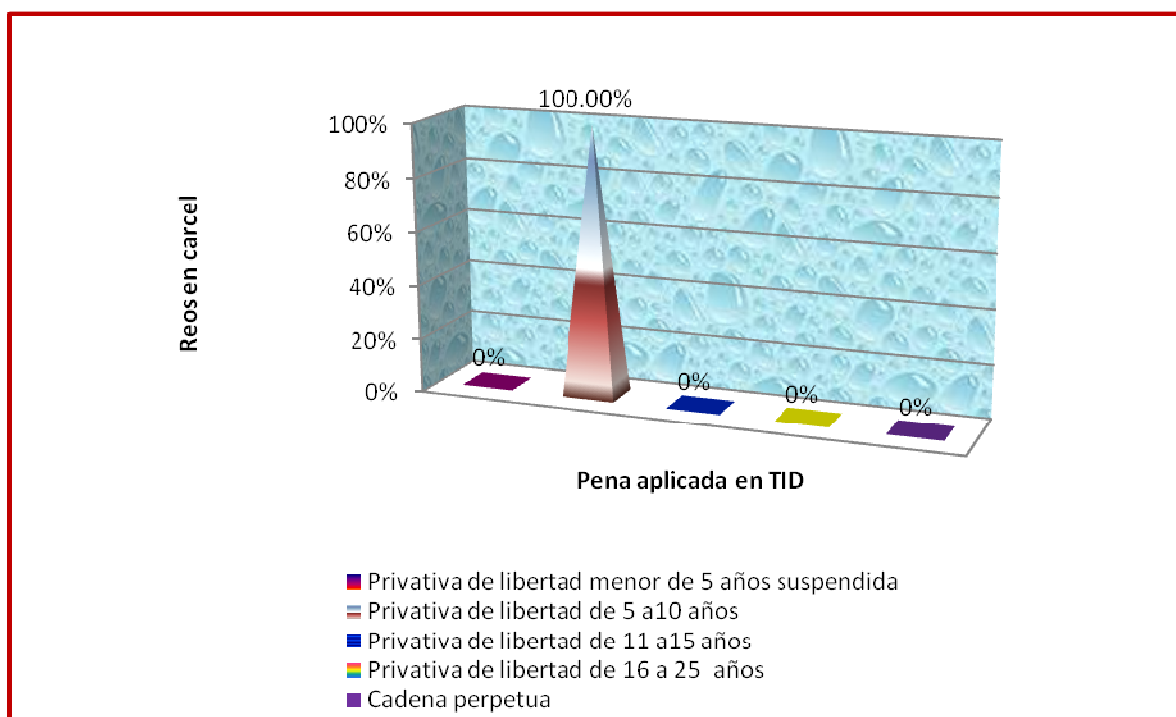
## 10. PENA APLICADA PARA VIOLACIÓN MENOR DE EDAD

a. Privativa de libertad menor de 5 años suspendida .....	16.7%
b. Privativa de libertad de 5 a 10 años .....	33.3%
c. Privativa de libertad de 11 a 15 años .....	16.7%
d. Privativa de libertad de 16 a 25 años .....	33.3%
e. Cadena perpetua .....	0%



## 11. PENA APLICADA EN TID

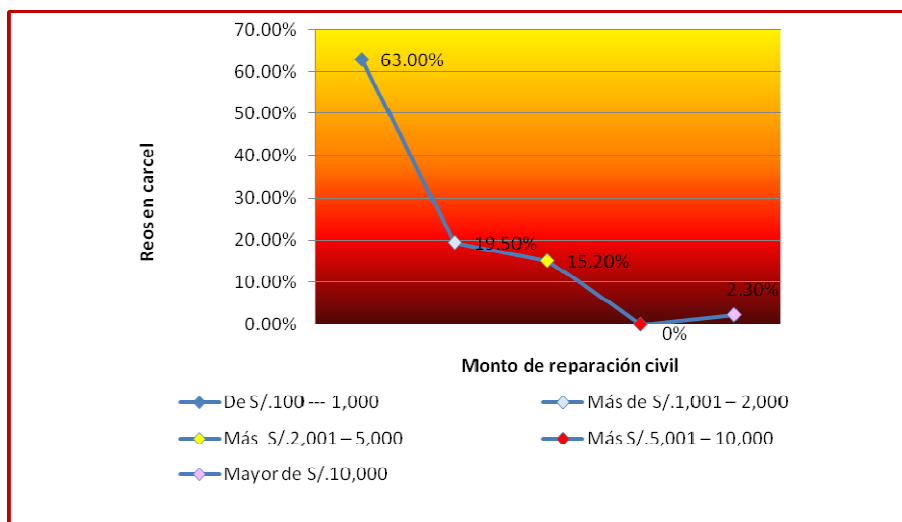
a.	Privativa de libertad menor de 5 años suspendida .....	0%
b.	Privativa de libertad de 5 a10 años .....	100%
c.	Privativa de libertad de 11 a15 años .....	0%
d.	Privativa de libertad de 16 a 25 años .....	0%
e.	Cadena perpetua .....	0%



## 12. MONTO DE REPARACIÓN CIVIL

a.	De S/.100 --- 1,000 .....	63%
b.	Más de S/.1,001 – 2,000 .....	19.5%
c.	Más S/.2,001 – 5,000 .....	15.2%
d.	Más S/.5,001 – 10,000 .....	0%
e.	Mayor de S/.10,000 .....	2.3%





Reafirmamos nuestros comentarios sobre este tema ya expuestos anteriormente en que nos referimos a la seguridad ciudadana y percepción ciudadana.

#### 5.4. Contrastación de hipótesis

Recordemos que nuestra hipótesis principal era que el comportamiento procesal del imputado, el aspecto cognitivo-valorativo y hermenéutico de los magistrados superiores, son los factores principales que determinan que se emitan sentencias condenatorias sin valorar debidamente la confesión sincera para efectos de la graduación de la pena y eventual aplicación del beneficio de reducción de la pena, en los Distritos Judiciales de Lima, Ica y Junín durante los años 2007-2008; por tanto, del análisis de los resultados de nuestra investigación, podemos afirmar que tal hipótesis ha quedado confirmada. Igualmente, también hemos demostrado nuestro objetivo principal propuesto.

En el mismo sentido respecto a los objetivos específicos, pues también podemos afirmar que, al no existir uniformidad en los supuestos que se requieren para aplicar la confesión sincera, todo ello afecta negativamente la credibilidad e imagen del Poder Judicial entre los justiciables, además de

generar incertidumbre en la percepción de seguridad jurídica que debe tener la sociedad en cuanto a sus órganos jurisdiccionales.

En consecuencia, nuestra hipótesis ha sido confirmada y también hemos demostrado el objetivo principal propuesto.

## **CONCLUSIONES.**

1. De lo expuesto anteriormente, consideramos que la confesión sincera es una institución que aún no ha sido debidamente estudiada ni desarrollada en toda su complejidad.
2. Existe una diversidad de opiniones –tanto a nivel de la Magistratura como en los Letrados, quienes finalmente inciden en la postura que adoptarán sus patrocinados- que dificultan, precisamente la aplicación y valoración objetiva de la confesión sincera al momento de dictar sentencia.
3. Existe una marcada tendencia en la Magistratura de exigir requisitos no contemplados en los diversos dispositivos que norman la confesión sincera; como el que no sea reincidente, ni habitual, el mostrar arrepentimiento (que consideramos es una cuestión absolutamente subjetiva, de acuerdo al criterio que pueda tener cada juzgador y, por tanto, poco confiable) uniformidad en la declaración o por el tipo del delito, con lo cual incluso se confunde con la terminación anticipada de la instrucción contenida también en el mismo dispositivo Ley 28122, la que sólo se admite ante los delitos de robo, hurto, lesiones y microcomercialización de drogas. En cambio, la conclusión anticipada por confesión sincera en el juicio oral puede ser aplicada a cualquier tipo de delitos.
4. Igualmente, se aprecia –mayormente en los Letrados- que existe la percepción de que la confesión sincera influirá no sólo en la disminución de la pena, sino también en la fijación del monto de la reparación civil que disponga la Sala Penal.
5. Un importante porcentaje de Magistrados entrevistados y Letrados no conocía o no recordaba algún precedente vinculante relacionado con la confesión sincera. Esto a pesar del importante esfuerzo y aporte que vienen

realizando los Magistrados de la Corte Suprema por contribuir a la predecibilidad de la administración de la justicia penal en nuestro país.

6. Es de destacar el interés manifestado por los Magistrados entrevistados por mejorar su nivel profesional, en la que consideramos que el aporte de distintas instituciones como el Consejo Nacional de la Magistratura, de la Academia de la Magistratura, del Poder Judicial, entre otros, han contribuido a este fin.
7. Sí es preocupante que un importante número de abogados no consideran a la confesión sincera como una eficiente estrategia de defensa, razón por la que no lo invocan, aun cuando sostenga que es por temor a no saber cuál es el criterio de la Sala, lo que evidencia un desconocimiento del ámbito y alcances de esta institución.

## RECOMENDACIONES

En mérito a las conclusiones obtenidas en esta investigación jurídica, a fin de contribuir a una solución integral al problema investigado, sugerimos lo siguiente:

1. Disponer la puesta en vigencia inmediata del Código Procesal Penal o, en todo caso, los artículos pertinentes referidos a la confesión sincera, en la medida que lo consideramos más completo a los fines del proceso y evitar la disparidad de criterios existentes.
2. Promover la uniformidad y difusión de la doctrina jurisprudencial a efectos de establecer precedente vinculante referido a los supuestos exigidos para establecer si estamos ante una confesión sincera, la misma que debe considerar únicamente los criterios de: que debe contribuir a los fines del proceso, ser espontáneo y coherente.
3. Se hace necesario una mayor capacitación a los denominados operados de derecho (abogados, fiscales, magistrados). Consideramos que es necesario seguir insistiendo en las capacitaciones específicamente sobre este tema, pues estamos convencidos de que contribuirá a que las sentencias tengan mejores fundamentos y la percepción que tiene la población de sus Magistrados mejore ostensiblemente.
4. Establecer mejores niveles de comunicación con las universidades a fin de plantear los requerimientos de perfil profesional a fin de contribuir a que puedan mejorar sus planes de estudios, con énfasis en promover una mayor capacidad de análisis, de síntesis, de argumentación y razonamiento jurídico.
5. Difundir entre los procesados, toda la mejor información a efectos de la toma de decisión para poder acogerse a la confesión sincera.

## BIBLIOGRAFÍA.

- ALVARADO VELLOSO, Alfredo. *Introducción al estudio del Derecho Procesal*. Tomo I, Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe – Argentina, 1989.
- ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos. *Prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres en el derecho penal peruano*. En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 03, Lima – Perú, 2002.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de Derecho Penal parte general*. 4ta. Edición, Editorial Akal, Madrid – España, 1997.
- BARATTA, Anselmo. *Integración – prevención, una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. En: Cuadernos de Política Criminal, N° 24, Madrid – España, 1984.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993 – Análisis comparado*. RAO Editora. 5ª. Edición. Lima 1999.
- BERTOLINO, Pedro. *El funcionamiento del Derecho Procesal Penal*, Editorial Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1985.
- BRAMONT ARIAS / BRAMONT ARIAS TORRES. *Código Penal Anotado*, 3ra. Edición, Editorial San Marcos, Lima – Perú, 2000.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*. Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1982.
- BUSTOS RAMÍREZ, Manuel. *Manual de Derecho Penal parte general*. 4ta. Edición, Editorial Ariel, Barcelona – España, 1994.
- BRUNNER, José Joaquín. *América Latina en la encrucijada de la modernidad*. En: Revista Foro, N°. 20, Lima – Perú, 1993.
- CAFETZÓGLUS, Alberto, La confesión en el proceso penal, En Revista Jurídica de San Isidro, N° 5, Bs As, 1973.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*" (traducción de Sentis Melendo), Volumen I, Editorial Bosch, Buenos Aires – Argentina, 1950.

- CARRIO, Alejandro. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Ed. Hammurabi. 3ª. Edición, 1ª. Reimpresión 1997. Buenos Aires – Argentina.
- CARRIÓN D., Alejandro. *Garantías Constitucionales en el proceso penal*. Santa Fe de Bogotá, E.J. Gustavo Ibáñez, 1995.
- CASABÓ RUIZ, J. *Comentarios al Código Penal*, Tomo II (por J. Córdoba Roda, G. Rodríguez Mourullo, A. del Toro Marzal y J.R. Casabó Ruiz), Editorial Reus, Barcelona - España, 1972.
- CASTILLO ALVA, José Luis. *Precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Ed. Grijley. 1ª. Edición. Lima 2008.
- CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal – Parte General*. Ed. Gaceta Jurídica. 1ª. Reimpresión. Lima, abril 2004.
- CATACORA GONZALEZ, Manuel. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima – Perú, 1996.
- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español, parte general*, 5ta. Edición, Editorial Tecnos, Madrid – España, 1997.
- CID MOLINÉ, José. *Penas alternativas a la prisión*. Editorial Bosch, Barcelona – España, 1997.
- CLARIA OLMEDO, Jorge, Tratado de Derecho procesal penal, Edit. Ediar, Bs As, 1996, Tomo V COLOMER HERNÁNDEZ, IGNACIO; *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*; Valencia; Tirant lo Blanch; 2003.
- Cuadernos de Derecho Judicial – Constitución y garantías penales. Revista del Consejo General del Poder Judicial. Madrid – España 2004.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Proceso Penal: Teoría y Práctica*", 6a. Edición. Editorial Palestra, Lima – Perú, 2006.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *La función del Fiscal en el nuevo Código Procesal Penal*". En: *Rev. Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses*, No. 02, Lima – Perú, 1995.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor y otro. *Código de Procedimientos Penales*. Lima, Palestra Editores 1999.

- CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español. Curso de Iniciación. Parte General*, 2da. Edición, Editorial Civitas, Madrid – España, 1996.
- DOLCINI, EMILIO; *Commentario breve al Codice Penale* [Alberto Crespi – Federico Stella – Giuseppe Zuccala]. Italia 1996.
- ESER, Albin. *Una justicia penal a la medida del ser humano*. En: Revista de derecho penal y criminología, N° 1, Madrid – España, 1998.
- FIGUEROA NAVARRO, Aldo. *La involución del sistema de penas en el contexto de la politización del derecho penal*. En: Anuario de Derecho Penal, Lima – Perú, 1998.
- FLORES MUÑOZ, Milko R. *La pena privativa de libertad en el Código Penal peruano*, Ediciones Debate Jurídico, Lima – Perú, 1994.
- FLORIÁN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Barcelona, 1934.
- GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*, 4ta. Edición, Editorial Areces, Madrid – España, 2006.
- GOMEZ COLOMER, Juan Luis. *El proceso penal alemán: introducción y normas básicas*, Editorial Bosch, Barcelona - España, 1985.
- GÓMEZ COLOMER, Juan L. *La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado*. En: *Rev. Peruana de Derecho Procesal*”, No. 01, Lima – Perú, 1997.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS; *El Derecho a la Tutela Judicial Jurisdiccional*; Madrid; Civitas; 3ª. Ed.; 2001.
- JAÉN VALLEJO, Manuel. *Justicia penal contemporánea*. Ed. Portocarrero. 1ª. Edición. Lima, agosto de 2002.
- JAKOBS, Gunther. *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Editorial Pons, Madrid – España, 1995.
- JESCHECK, Hans Henrich, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Traducción de Rodríguez Manzanares, Editorial Comares, Granada – España.



- KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas*, Traducción de Bacigalupo, Ediciones Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1977.
- KAUFMANN, Armin. *Política criminal y reforma penal*, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1982.
- LANDA, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Palestra Editores. 1ª. Reimpresión. Lima, mayo 2004.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ta. Edición, Editorial Tecnos, Madrid - España, 1996.
- MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*, Tomo I, 2 da. edición, Editorial Del Puerto, Buenos Aires – Argentina, 1996.
- MANZANARES SAMANIEGO, José. *La caución en las penas patrimoniales en el código penal español*, Editorial Bosch, Barcelona - España, 1983.
- MAPELLI CAFERENA, Borja / TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*; 3ra. Edición, Editorial Civitas, Madrid – España, 1996.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel. *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Editorial Marcial Pons, Madrid – España, 1992.
- MARCONE MORENO, Juan, Tratado de la prueba penal, Edit. AFA Editores, Lima, 1991, Pág. 263.
- MIR PUIG. *Derecho Penal Parte General*, 5ta. Edición (reimpresión), Editorial B de F, Montevideo – Uruguay, 2005, Págs. 51 y ss.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases de Derecho Penal*, 2da. Edición, Editorial B de F, Montevideo – Uruguay, 2002.
- MIXAN MASS, Florencio, La prueba en el procedimiento penal, Edit. Ediciones Jurídicas, Lima, 1991.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Bosch, Barcelona – España, 1975.
- NAVARRO ALTAUS, Martín. *El sistema de penas en el Código Penal peruano de 1991*. En: Anuario de Derecho Penal, Lima – Perú, 1999.

- OCTAVIO DE TOLEDO / UBIETO, E. *Sobre el concepto del Derecho Penal*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid - España, 1981.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio. *El Código Procesal Penal de 1991*. En: *Derecho & Sociedad*, No. 08-09, Lima – Perú, 1994.
- PACHECO Máximo. *Teoría del Derecho*, 4ta edición. Editorial Temis S.A. Bogotá - Colombia 1990.
- PACKER, Herbert, citado por BOHMER, Martín. *La celada legal y los fundamentos del proceso penal*. En: *"Jurisprudencia Argentina"*, Sección Doctrina, t. 1992.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal Parte General*, 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima – Perú, 1997.
- PEÑA FARFÁN, Saúl. *El juicio oral: la práctica de la prueba durante la vista*. En: *Rev. JUSDE*, No. 02, Lima – Perú, 1999.
- PÉREZ MANZANO, M. *Culpabilidad y prevención*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid – España, 1986.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2000.
- QUIROGA LEÓN, Aníbal, *El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos.* Jurista Editores. Lima 2000.
- REATEGUI SANCHEZ, James, El valor probatorio de las declaraciones inculpatorias del computado en el Derecho peruano. En [www.eniacsoluciones.com.ar/terragni/doctrina/peruano.htm](http://www.eniacsoluciones.com.ar/terragni/doctrina/peruano.htm)
- RENART GARCÍA, Felipe. *La pena de trabajo en beneficio de la comunidad desde una perspectiva comparada*. En: *Anuario de Derecho Penal*, Lima – Perú, 1999.
- REVILLA GONZALEZ, José-Alberto. *El Interrogatorio del imputado*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. *La confesión del imputado en el proceso penal*. 1ª. Edición, Jurista Editores, Lima, enero de 2006.

- REYNA ALFARO, LUIS MIGUEL. *Confesión sincera y responsabilidad civil ex delicto*. En: Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema. José Luis CASTILLO ALVA – Director. Ed. Grijley. 1ª. Edición. Lima, agosto de 2008.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. *El proceso penal aplicado*. Ed. Gaceta Jurídica. 1ª. Edición. Lima, 2006.
- RIEGO, Cristián. *El proceso penal Chileno y los Derechos Humanos*. Santiago de Chile, Escuela de Derecho Diego Portales, 1994.
- ROLDÁN BARBERO, H. *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, Editorial Tecnos, Madrid – España, 1983.
- ROSAS YATACO, Jorge. *El modelo procesal peruano*. En: *Rev. Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, No. 03, Lima – Perú, 2002.
- ROXIN, Claus. *Problemas básicos del Derecho Penal*, Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Editorial Reus, Madrid – España, 1976.
- ROXIN, Claus, Günther ARZT y Klaus TIEDEMANN. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. Barcelona Ariel, 1989.
- SALINAS MENDOZA, Diego; *Terminación anticipada del nuevo proceso penal peruano*. Palestra Editores, Lima 2011.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Comentarios al Código Procesal Penal*, Lima – Perú, 1994.
- SÁNCHEZ VELARDE, PABLO. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, 1ª. Edición. Lima 2006.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Estudio crítico del Nuevo Código Procesal Penal*. En: *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Lima – Perú, 1993.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, Volúmenes I y II, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2003.
- SANTA CRUZ Cahuata, Julio. *Notas sobre Interpretación y Dogmática en la aplicación de la ley penal*. Revista 4 de la Academia de la Magistratura. Lima 2000.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos*: En: Estudios de Derecho Penal, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2000.
- SCHMIDT, Eberhard. *Fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1957.
- SUPERTI, Héctor. *Derecho Procesal Penal (Temas Conflictivos)*, Editorial Juris, Rosario – Argentina, 1998.
- TIEDEMANN, Klaus. *Constitución y Derecho Penal*. Palestra Editores. 1ª. Edición, Lima 2003.
- TSCHADEK, Otto, La prueba: estudio de los medios de prueba y la apreciación de la prueba, Edit. Temis, Bogotá, 1982.
- VANDERVELDE, J. KENNETH; *Thinking like a lawyer, An Introduction to Legal Reasoning*; Serie New Perspectives of law, culture and society; Westview Press; 1996.
- VAZQUEZ SOTELO, José Luís. *El Proceso Penal*. En: *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, No. 02, Madrid – España, 1992.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Luis Felipe. *Código Penal Comentado*, 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2001.
- [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe): página web del Tribunal Constitucional del Perú.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. María. *Fundamentos de Derecho Penal*, 3ra. Edición, Editorial Tirant lo blanch, Valencia – España, 1993.

## **ANEXOS**

**Verificar la versión impresa**